

COMPENDIO DE DERECHO ECONÓMICO

Director: **Marcelo R. Roitbarg**

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723

AUTORES

Marcelo R. Roitbarg

Juan Manuel Capua

Martín Lecumberri

Braian Cores

Rogelio C. González

Héctor Torres

Eduardo Fiorani

ÍNDICE

Unidad Temática I: El Derecho Económico. El Código Civil y Comercial. Ámbito de aplicación de la ley.....	5
1. Derecho Económico: el análisis económico del derecho.....	6
2. Interpretación de la ley: concepto y distintas especies.	13
3. Principios generales contenidos en el Código Civil y Comercial relativos al ejercicio de los derechos: buena fe; abuso del derecho; abuso de posición dominante; orden público; renuncia general de las leyes; derechos individuales y de incidencia colectiva.....	15
4. Principios generales contenidos en el Código Civil y Comercial relativos a la disponibilidad de los derechos y de los bienes.	18
5. Efectos de la ley con relación al territorio: el principio de territorialidad en el Código de Vélez.....	19
6. Efectos de la ley con relación al tiempo: la vigencia de la ley.	22
Unidad Temática II: La relación jurídica. La Persona Humana	28
1. La relación jurídica: concepto. Elementos: sujeto, objeto y causa fuente.	29
2. La Persona: concepto y clases. La persona humana.....	30
3. Derechos de la personalidad: concepto y caracteres.	34
4. Los atributos de la personalidad.....	36
Unidad Temática III: Hechos y Actos Jurídicos	75
1. Hechos jurídicos: concepto. Simples hechos.....	76
2. El acto voluntario: discernimiento, intención y libertad.	78
3. Acto jurídico: concepto.	81

4. Forma de los actos jurídicos: concepto.....	89
5. Vicios de los actos jurídicos: concepto.	103
6. Ineficacia de los actos jurídicos: nulidad e inoponibilidad.	117
Unidad Temática IV: Obligaciones Civiles y Comerciales	124
1. Concepto de obligación.....	125
2. Clasificación de las obligaciones: de dar, de hacer y de no hacer.....	126
3. Efectos de las obligaciones en general	131
4. Fuentes de las obligaciones.....	134
5. Modos de extinción de las obligaciones.....	140
6. Responsabilidad civil: concepto.	148
Unidad Temática V. Relación negocial-contractual	154
1. Presupuestos del contrato.....	155
2. El contrato y su contenido económico	160
3. Forma de los contratos	185
4. Efectos de los Contratos	197
5. Extinción de los contratos. Causas originarias y sobrevinientes.	203
6. Los derechos del consumidor	221
Unidad Temática VI. Contratos en Especial	235
1. Contratos Principales:	236
2. Aspectos generales de las nuevas formas contractuales en el Código Civil y Comercial.....	260
Unidad Temática VII: Derechos Reales	275
1. Concepto.....	276
2. Posesión y tenencia	281
3. Derechos reales sobre cosa propia.....	283
4. Derechos reales sobre cosa ajena	292

Unidad Temática VIII: Derecho de Familia	305
1. Familia: concepto:	306
2. Matrimonio	311
3. Régimen de bienes del matrimonio: distintas masas de bienes y su régimen de administración y disposición	316
4. Disolución del vínculo matrimonial: distintas causales	319
5. Filiación: concepto	323
6. Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad	328
Unidad Temática IX: Sucesiones	329
1. Sucesión por causa de muerte: concepto y clases. Apertura de la sucesión	330
2. Sucesión intestada: concepto	332
3. Vocación hereditaria	338
4. La legítima: concepto, inviolabilidad, cálculo, porción disponible y defensa	345
5. Sucesión testamentaria: concepto. Capacidad para testar. Ley aplicable	354
BIBLIOGRAFÍA	366

UNIDAD TEMÁTICA I:
EL DERECHO ECONÓMICO. EL CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY.

por Marcelo Roitbarg

1.DERECHO ECONÓMICO: EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

El análisis económico del derecho es, desde hace un tiempo, una interesante propuesta académica que intenta acercar el derecho y la economía. En efecto, desde hace algunas décadas el Análisis Económico del Derecho (AED) se ha aproximado a los fenómenos jurídicos haciendo uso de las herramientas de la teoría económica.

Desde el Código de Hammurabi (1700 a.C.), que estipulaba reglas en materia de intereses y salarios, o el Código de Shulgi (2000 a.C.), en donde la idea de restablecimiento de la justicia implicaba cambios en la situación económica, tales como la condonación de las deudas privadas, ha sido claro que el sistema jurídico repercute sobre el ámbito económico y que este efecto es de doble vía. La conciencia de esta influencia recíproca y, sobre todo, la manera de analizarla, ha evolucionado considerablemente a lo largo de la historia y, naturalmente, ha estado determinada tanto por el pensamiento predominante, como por la realidad social en cada momento.

En el siglo XIX, Pierre Joseph Proudhon, filósofo político francés, utilizó explícitamente la noción de derecho económico. El objetivo del derecho –decía- es el de resolver las contradicciones de la vida social, por la vía de una conciliación universal, que no puede realizarse sin una completa reorganización de la sociedad. Ni el derecho público ni el derecho privado pueden alcanzar este objetivo: el primero representa el peligro de limitaciones muy grandes a la libertad y el otro es insuficiente para penetrar todas las estructuras de la actividad económica. La reorganización social debe entonces hacerse por medio del derecho económico, complemento y corolario del derecho político y el derecho civil, que debe constituirse a partir de acuerdos entre los diversos grupos que participan en la actividad económica, manteniendo la justicia social y buscando, en últimas, la aplicación de la justicia a la economía política.

Así, la relación mutua entre el derecho y la economía ha estado sujeta al conocimiento económico de cada momento, cuyos campos de interés, a su vez, han estado determinados por los problemas económicos considerados pertinentes para cada época.

Históricamente, han sido dos las vías por las cuales los economistas se han interesado por el derecho. Una, el derecho como un mecanismo de transmisión y reglamentación de aquellas decisiones de los gobiernos que afectan los asuntos económicos. Esta área de interacción es lo que tradicionalmente se conoce como derecho económico y se ha considerado una especialización del derecho. La segunda vía, la del derecho como factor determinante del desempeño económico

de las sociedades, se puede enmarcar dentro de las preocupaciones de los pensadores clásicos, que fueron retomadas por la economía institucional y, más recientemente, por la teoría del desarrollo económico.

El AED se ha desarrollado en dos áreas: 1. el estudio del derecho aplicando el instrumental metodológico de la teoría económica, y 2. el estudio de la relación entre los fenómenos económicos y el sistema jurídico. La escuela tradicional del AED apela a la eficiencia como criterio de valoración de las situaciones. De esta manera, recomendará la adopción de aquellas leyes que permitan alcanzar situaciones eficientes. Sin embargo, para el derecho, los criterios de eficiencia son insuficientes para establecer qué situaciones son socialmente deseables. Consideraciones sobre la justicia, la equidad, la protección de ciertos bienes jurídicos y los valores morales, entre otros, parecen necesarias a la hora de recomendar leyes o políticas.

Resumiendo, se podría definir el AED como la aplicación de la teoría económica, y en particular de la microeconomía y de la teoría del bienestar, al análisis de la formación, la estructura, los procedimientos y el impacto económico del derecho y de las instituciones legales¹.

El Código Civil y Comercial de la Nación como fuente del derecho privado común.

El Derecho es el conjunto de normas dictadas por el Estado, destinadas a reglar la conducta de sus habitantes; el orden normativo de carácter obligatorio que posibilita la vida en sociedad y tiende a la obtención de la Justicia como sumo bien.

Aunque el Derecho es uno solo, con fines científicos y didácticos se lo ha dividido en ramas.

Una primera distinción se hace entre derecho público y derecho privado. Nos encontramos ante el derecho público cuando el régimen normativo prevé la intervención del Estado como poder público, es decir, actuando en la situación de supremacía que le confiere ese carácter. Se dice, en estos casos, que existe un interés estatal directamente comprometido.

Son ramas, a su vez, del derecho público, el derecho penal, el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho internacional público, el derecho procesal.

¹ ARJONA TRUJILLO, Ana M.-RUBIO PARDO, Mauricio, "El análisis económico del derecho", 1-12-2002, en researchgate.net/publication/267681206.

El derecho privado, en cambio, comprende las normas en que las relaciones entre las partes son reguladas sin que exista una supremacía como la vista anteriormente. Rige las relaciones entre particulares, tratados en un pie de igualdad.

La principal rama del derecho privado es el derecho civil, que funciona como el tronco común del cual, con el tiempo, se han desgajado las otras ramas que hoy integran el derecho privado, como el derecho comercial y sus múltiples desprendimientos (derecho societario, derecho concursal, derecho cambiario, etc.). El derecho del trabajo, que en un primer momento fue parte del derecho privado, en la actualidad participa también de características propias del derecho público, en razón del intervencionismo estatal en materia de relaciones laborales (el Estado homologa las convenciones colectivas de trabajo y dicta las normas básicas a que se debe sujetar el trabajo remunerado).

Luego de esta somera introducción, pasaremos al tratamiento del tema que nos ocupa.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) fue aprobado por Ley 26.994 y entró en vigencia el 1° de agosto del año 2015.

Toda vez que la mencionada ley, a la par, ha derogado los Códigos Civil y de Comercio –los cuales, conjuntamente con sus leyes complementarias, constituían la estructura básica del derecho privado de nuestro país-, no cabe duda de que el nuevo cuerpo normativo se ha constituido en la principal fuente del derecho privado argentino. Ello no obstante, es importante aclarar que el CCyC no sólo contiene disposiciones relativas a los particulares y a sus intereses (situaciones y relaciones jurídicas de carácter civil o comercial), sino también una serie de principios, propios del derecho público, que resultan indispensables para garantizar el ejercicio de los derechos, para dar protección a los más débiles y para evitar distorsiones en el consumo y en la competencia empresarial.

Entre los aspectos valorativos de la obra, que la propia Comisión Redactora expone en los Fundamentos del Anteproyecto que fue elevado al Poder Ejecutivo, se destaca, por encima de otros varios, la denominada “Constitucionalización del Derecho Privado”. Veamos de qué se trata.

La mayoría de los Códigos existentes –se expone en los Fundamentos- se basan en una división tajante entre el derecho público y el derecho privado. El CCyC, en cambio, tomando especialmente en cuenta los tratados internacionales de derechos humanos que ha suscripto la República Argentina y que tienen rango constitucional (art.75 inciso 22 C.N.), innova profundamente y recepta en su texto una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho

privado, que era reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Tal decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales, etc.

Tradicionalmente se ha visto al derecho privado como aquel que sólo atiende a los intereses individuales, y al derecho público como el que se sitúa en una perspectiva altruista y, en muchos casos, contraria a los mencionados intereses particulares. No resulta útil ni justo pensar los enfoques público y privado como antagónicos, y peor aún sería estigmatizarlos convirtiendo a uno en “bueno” y al otro en “malo”. Lo que diferencia al derecho público del derecho privado no es la respuesta jurídica que puedan ofrecer ante un caso concreto, sino la perspectiva desde la que miran el problema. Es lógico que el derecho privado no mire prioritariamente las relaciones humanas en términos altruistas, y es consustancial al derecho público hacerlo. El derecho público debe esforzarse por comprender los intereses particulares y debe intentar compatibilizarlos hasta donde le sea posible sin poner en riesgo el interés general, y el derecho privado debe esforzarse por resolver los conflictos particulares con la mayor equidad posible.

Los mencionados principios que ha receptado el CCyC, las más de las veces, reconocen su origen en el derecho público, pero inciden sobre las relaciones particulares, porque integran el cuerpo normativo que habrá de regirlas.

Tales, las características más destacadas del CCyC, principal fuente del derecho privado de nuestro país.

Las fuentes del derecho.

Hablar de fuentes del derecho es referirse al origen de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

En esta materia se distingue entre fuentes del Derecho en sentido material y en sentido formal.

Las fuentes del derecho en sentido material hacen mención a los distintos factores, de orden moral, político, religioso, social, que inciden para que se sancione una norma jurídica con determinado contenido.

Las fuentes del derecho en sentido formal se hallan referidas a las manifestaciones de voluntad, individuales o colectivas, orientadas a la creación de normas jurídicas. Las dos principales fuentes

formales del derecho son la ley y la costumbre jurídica. También se reconocen como fuentes secundarias a la jurisprudencia y a la doctrina.

La ley es una norma de carácter general, obligatoria, emanada de autoridad competente.

Del concepto dado, se desprenden los caracteres de la ley:

- a) Generalidad: es dictada para regular un número indeterminado de casos y no respecto de una persona en particular.
- b) Obligatoriedad: se prevén sanciones para quienes las violen o medios legales para forzar su cumplimiento.
- c) Emanada de autoridad competente: debe ser dictada por un órgano con facultad de dictar normas especialmente atribuida, sin exceder los límites de dicha facultad (p.ej.: la Constitución Nacional atribuye al Congreso la competencia para sancionar leyes y al Poder Ejecutivo para dictar decretos, en tanto que la Ley de Ministerios concede a cada cartera la facultad de dictar normas relativas a sus áreas de incumbencia temática).

Es la principal fuente del derecho civil, a un punto tal que las otras fuentes le están ligadas en su vigencia.

El concepto dado se corresponde con el de ley en sentido material, en la medida que abarca a cualquier norma dictada por autoridad competente, en oposición a la noción de ley en sentido formal, que se refiere a las normas emanadas del Congreso o legislaturas provinciales, sancionadas en base al procedimiento para la formación y sanción de las leyes previsto en la Constitución Nacional o en las constituciones provinciales, respectivamente.

Cuando hablamos de ley como fuente del derecho civil, entonces, nos estamos refiriendo a la ley en sentido material.

Tal como referimos en el punto precedente, el Código Civil y Comercial de la Nación es hoy la principal fuente legal del derecho privado.

La costumbre como fuente del derecho es la reiteración de una conducta por una generalidad o número indeterminado de personas, en un cierto territorio, durante un lapso más o menos prolongado, con conciencia de su obligatoriedad.

Existen dos elementos que componen la costumbre jurídica: I) material (corpus): repetición de la conducta durante un lapso prolongado por una generalidad de personas que habitan en un cierto territorio y II) subjetivo (animus): que la generalidad de personas que incurren en esa conducta esté convencida de que ese accionar es obligatorio (conciencia de obligatoriedad).

El art.17 del Código Civil (texto según Ley 17.711) establecía: "Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente".

La disposición preveía dos situaciones: la costumbre *secundum legem*, es decir, la que complementa a la ley; y la costumbre *praeter legem*, que rige ante falta de previsión legal.

El art.1° del Código Civil y Comercial de la Nación, en su última parte, referida a las fuentes, sigue tales lineamientos, y dispone: "...Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

Muchas veces la propia legislación remite a las costumbres o usos del lugar para dar solución a una cuestión determinada. Esta es la costumbre *secundum legem* o complementaria de la ley. El art.1143 CCyC, relativo al precio de la compraventa, contiene un claro ejemplo: "Cuando el contrato ha sido válidamente celebrado, pero el precio no se ha señalado ni expresa ni tácitamente, ni se ha estipulado un medio para determinarlo, se considera, excepto indicación en contrario, que las partes han hecho referencia al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato para tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate".

En cuanto a la costumbre *praeter legem*, un amplio marco de vigencia lo encontramos en la fijación del monto del jornal de los denominados "trabajadores golondrina", que son aquellos que migran de provincia en provincia para trabajar en la recolección de las distintas cosechas. Cada año, en cada lugar y respecto de cada cosecha el valor del jornal a pagar por el productor varía, de acuerdo a la mayor o menor producción por hectárea. Ante cualquier controversia que se presente al respecto, los jueces competentes recurren a los usos y costumbres del lugar y determinan el valor de los jornales adeudados y, sobre esa base, los intereses que correspondan por la mora en el pago. A falta de regulación legal, la costumbre jurídica llena el vacío.

Las fuentes secundarias: jurisprudencia y doctrina.

Se denomina **jurisprudencia** a la reiteración de fallos judiciales en un mismo sentido ante casos análogos llevados a decisión de los jueces.

No existe un número de casos fijos que habiliten a hablar de una jurisprudencia sentada sobre tal o cual punto. Es preciso que exista uniformidad de criterio judicial en una generalidad de casos, de

modo que se genere cierto convencimiento en el juez, en el sentido de que determinada situación debe ser resuelta en correspondencia con una serie de sentencias previas que le sirven de antecedente.

A veces, sin embargo, una única sentencia dictada por un tribunal judicial en un caso tiene el mérito de oficiar como un verdadero punto de inflexión en la cuestión debatida en el pleito. A partir de allí y sobre la base de los sólidos argumentos lógicos y jurídicos volcados en los considerandos, los jueces llamados a dirimir conflictos similares se ven intelectualmente obligados a adherir a la solución contenida en tal sentencia. En estos casos, parafraseando a la legislación de los países anglosajones (*common law*), suele hablarse de *leading case* (caso líder o destacado).

La jurisprudencia es una fuente secundaria e indirecta del Derecho, porque de ella no surgen normas generales, sino individuales, aplicables al caso que fue sometido a decisión de los tribunales.

En muchos casos, la interpretación jurisprudencial de una ley es tomada en cuenta por los legisladores para fundar su reforma. Un caso paradigmático es el del reconocimiento del derecho a pensión de la concubina, que fue reconocido por jurisprudencia reiterada y pacífica antes de que el Congreso Nacional reformara la Ley de Jubilaciones y Pensiones para dar cabida a tal beneficio.

La doctrina está constituida por las opiniones que los juristas y estudiosos del derecho exponen en sus obras, las que, al ser receptadas por los jueces en sus sentencias o por los legisladores en los proyectos de ley que impulsen, se transforman en fuente indirecta del derecho.

Cuando distintos autores, de prestigio científico en el campo del Derecho, coinciden en cuanto a la interpretación y alcances que cabe dar a cierta norma, se dice que la doctrina es pacífica con respecto a determinado tema. Es común en estos casos que los jueces recurran a esa doctrina para dar fundamento a sus sentencias, tal como si tuviera fuerza obligatoria.

Un ejemplo palpable de la labor de la doctrina jurídica está dado por los distintos anteproyectos y proyectos de unificación de la legislación civil y comercial que, desde el año 1987, se han sucedido hasta la sanción del actual Código Civil y Comercial.

Cada anteproyecto y proyecto fue obra de destacados juristas que trabajaron durante varios años. Cada comisión redactora extrajo ideas de la anterior, mejoró, confrontó o desechó posturas, sobre bases de estudio y análisis.

Luego llegó la discusión parlamentaria y la sanción de la ley.

Es interesante ver en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial las explicaciones de la Comisión Relatora acerca de la fuente seguida en cada caso, los argumentos en virtud de los cuales se decidió el apartamiento de alguna solución contenida en el Código Civil o en uno de los proyectos anteriores, el mérito de alguna conclusión de un congreso jurídico.

La doctrina funciona como una usina de ideas, de la que se nutren tanto el legislador como el juez.

2. INTERPRETACIÓN DE LA LEY: CONCEPTO Y DISTINTAS ESPECIES.

Interpretar la ley es dar sentido a sus normas, desentrañar su significado, con vistas a su aplicación al caso concreto.

Desde el punto de vista de quién lleva a cabo la interpretación, se distinguen tres especies:

a) Legislativa: el legislador, a través de una nueva norma, determina cuál es el alcance que debe darse a las disposiciones contenidas en una ley anterior. Se la ha denominado "interpretación auténtica" por provenir del mismo órgano que dictó la norma que se interpreta.

La realidad es que, aunque la interpretación que se deriva de la nueva norma dictada resulta obligatoria para los encargados de aplicarla, no existe labor interpretativa propiamente dicha (aplicación de métodos tradicionales), sino la atribución de un determinado alcance y efecto a la ley, que responde a fines políticos o de conveniencia.

b) Judicial: los jueces, con vistas a la aplicación de la ley al caso concreto a decidir, deben interpretar las normas. Así, por ejemplo, el art. 45 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación prevé que, cuando se declare maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por quien resultare perdedor, el juez podrá aplicar una multa a la parte vencida o a su letrado o a ambos. La norma no dice qué acciones serán consideradas como actuación temeraria o maliciosa, por lo que corresponderá al juez determinar si la conducta en el caso concreto merece esa calificación o no. Si bien la interpretación judicial lo es para el caso concreto sometido a decisión del magistrado, no es menos cierto que el precedente puede ser invocado en otro juicio para lograr que otro juez asigne igual interpretación a la norma.

c) Doctrinaria: los estudiosos del derecho (jurisconsultos, juristas, científicos del derecho) exponen en sus obras la que, a su juicio, debiera ser la interpretación correcta de cierta norma. Los jueces al

sentenciar muchas veces sostienen sus posturas en las opiniones de tales autores y, de ese modo, la interpretación hecha por la doctrina cobra sentido práctico en un caso concreto.

Las reglas interpretativas contenidas en el Código Civil y Comercial.

El art. 16 del Código Civil (CC) disponía: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

El CCyC, en su art.2, establece: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

En primer lugar debe señalarse una diferencia importante entre las dos regulaciones; mientras el C.C. se refería a la interpretación de una "cuestión civil", el CCyC amplía el concepto a "la ley". Y esto es así, porque se trata de un Código Unificado de la legislación civil y comercial, que contiene previsiones y soluciones para cuestiones civiles y comerciales (societarias, empresariales, de negocios, concursales, de patentes y marcas, cambiarias, etc.). Estas reglas interpretativas, entonces, resultan de aplicación para todo el Derecho Privado.

En segundo orden, si bien el art.2 CCyC mantiene las principales reglas de interpretación que estaban previstas en el art.16 C.C., tales como las palabras de la ley, sus finalidades (Vélez se refería al espíritu de la ley), las normas análogas y los principios jurídicos, agrega otras: las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos y los valores jurídicos. Y lo más importante, en la última parte del artículo, resalta que la interpretación de la ley debe realizarse de un modo coherente con todo el ordenamiento, es decir, que no debe resultar una interpretación que resulte contradictoria o directamente contraria al contexto legal general.

Si se sigue el orden fijado por el art.2 CCyC, entonces, debe recurrirse a la interpretación gramatical. Si esta fallare, corresponde recurrir al método de la investigación lógica, que permite recrear el pensamiento del legislador al tiempo del dictado de la norma (motivaciones, situación fáctica imperante) y así arribar a las finalidades de la ley.

La analogía (tercer paso indicado) consiste en aplicar al caso no previsto una solución que se encuentra normada en otra rama del derecho. La analogía cabría, por ejemplo, con otra norma del Derecho Privado.

La analogía como método interpretativo está prohibida en materia penal, atento al principio de que no existe delito sin una norma específica anterior que así lo disponga.

En cuarto lugar, debería recurrirse a las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos (revisten especial importancia cuando de lo que se trata es de interpretar una norma referida a los derechos de la personalidad y a los derivados del estado de familia); los principios y valores jurídicos, es decir, a las reglas básicas de justicia y equidad, ubicadas por encima del derecho positivo, a las que toda norma legal debe tender como fin último. Tratándose de principios no escritos, se ha puntualizado el gran inconveniente que puede suponer para el intérprete recurrir a ellos. Estimo que la mención final del artículo 2 CCyC "...de modo coherente con todo el ordenamiento", suministra una importante regla al juzgador, orientada a desalentar la búsqueda de soluciones abstractas.

Teniendo en cuenta que las reglas de interpretación van dirigidas al Juzgador, el CCyC, en su art.3, completa la directiva: "El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada". En este sentido, no son razonablemente fundadas las sentencias contradictorias, incongruentes, que prescinden de las pruebas rendidas en el expediente o que exhiben un excesivo ritual manifiesto.

3. PRINCIPIOS GENERALES CONTENIDOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL RELATIVOS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS: BUENA FE; ABUSO DEL DERECHO; ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE; ORDEN PÚBLICO; RENUNCIA GENERAL DE LAS LEYES; DERECHOS INDIVIDUALES Y DE INCIDENCIA COLECTIVA.

En el Capítulo 3 del Título Preliminar, el CCyC aborda el tema del "Ejercicio de los derechos" y, en artículos sucesivos, incluye diversos principios a los que tal ejercicio debe sujetarse.

La buena fe: El art.9 CCyC refiere que los derechos deben ser ejercidos de buena fe, lo que exige, por una parte, un comportamiento leal, básicamente, en la celebración y ejecución de los actos jurídicos

(buena fe lealtad) y, por la otra, que las personas confíen en la apariencia de las situaciones, tal como se les presentan (buena fe creencia).

Este último concepto, de buena fe creencia, exige una mayor explicación.

Las relaciones jurídicas se entablan a partir de una apariencia que es aceptada por las partes. Así, por ejemplo, el comprador de un inmueble encara la compraventa con la contraparte en la creencia de que esta última es la titular de dominio de dicho bien. Y lo cree así, porque el vendedor se ha conducido en todo momento como si lo fuera.

Esta es la buena fe creencia, que lleva a conducirse de acuerdo a la apariencia jurídica de la situación que se presenta.

Si, en el ejemplo dado, con posterioridad se genera un conflicto de intereses que termina en un pleito judicial, el juez deberá ponderar si las partes se condujeron en correspondencia con la apariencia jurídica del acto o si, por el contrario, alguna de ellas lo hizo de mala fe, creando una falsa apariencia jurídica de la situación de dominio del bien.

Abuso del derecho: Ejerce abusivamente un derecho quien lo hace contrariando los fines con que el ordenamiento jurídico consagró ese derecho o bien excediendo los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

En el régimen del Código Civil, el abuso del derecho constituía una fuente de las obligaciones y, por tanto, quien causaba un daño mediante el ejercicio abusivo de un derecho estaba obligado a repararlo (art.1071 CC).

El CCyC ha avanzado al respecto y, como principio general que extiende sus efectos a todo el derecho privado, en su art.10 establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos.

El campo donde normalmente se generan situaciones de abuso del derecho es el de los derechos con contenido patrimonial (personales, reales, intelectuales). Aunque, en menor medida, se registran casos en el ámbito del derecho de familia, como, por ejemplo, cuando el progenitor que tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores dificulta *ex profeso* el derecho de comunicación del otro padre, como un medio retorsivo para obtener una mayor cuota alimentaria.

Abuso de posición dominante: El art.4 de la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 refiere que “...se entiende que una o más personas gozan de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial

o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos”.

El art.11 CCyC establece que lo dispuesto en los arts.9 y 10 con relación a los principios de buena fe y de abuso del derecho se aplica también cuando se abuse de una posición dominante de mercado.

La Ley de Defensa de la Competencia es claramente una norma de derecho público, sin embargo, el CCyC la trae a colación en el art.11, en un claro ejemplo de que los intereses del Estado como Poder Público se hallan comprometidos en situaciones distorsivas de la libre competencia que, generalmente, son consecuencia del accionar empresario privado.

Orden público: “Puede decirse que la noción está vinculada al conjunto de principios jurídicos que constituyen la base de la organización social y que aseguran la realización de valores que el medio social reputa como fundamentales².

En el texto del primer párrafo del art.12 CCyC, el orden público está reglado como un límite al ejercicio de los derechos individuales, con sustento en razones de interés general: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”.

Es importante destacar que el concepto de orden público ha sido calificado de “equivoco”, en razón de que los principios generales en lo que se sustenta van cambiando con el paso del tiempo. Serán, en definitiva, los jueces quienes, en cada época, deberán determinar el contenido del orden público.

Renuncia general de las leyes: El art.4 CCyC marca el ámbito subjetivo de aplicación de las leyes: “Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales”.

En correspondencia con ello, la primera parte del art. 13 CCyC enuncia: “Está prohibida la renuncia general de las leyes”. Nadie, por tanto, mediante una renuncia general, podría marginarse de la aplicación de las leyes a su respecto.

La disposición prosigue: “...Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba”. Los derechos que los particulares generan en sus convenciones privadas, al igual que los derechos que les son reconocidos por la legislación general

² TOBÍAS, José W., en *Código Civil y Comercial Comentado-Tratado Exegético* (ALTERINI, Jorge H – Director General), 2da.edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, T.I, pag.12.

pueden ser renunciados, en la medida que la renuncia no esté expresamente prohibida, como es el caso de los derechos reconocidos por las leyes del trabajo (orden público laboral) o por los regímenes previsionales.

Derechos individuales y de incidencia colectiva: El art. 14 CCyC dispone: “En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva”.

Los derechos de incidencia colectiva tienen por objeto bienes colectivos. Son los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, establecidos en el art.43 de la Constitución Nacional y pueden ser ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo (por ejemplo, entidades de defensa del consumidor o del medio ambiente, etc.) y por el propio afectado directo.

4. PRINCIPIOS GENERALES CONTENIDOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL RELATIVOS A LA DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS Y DE LOS BIENES.

Así como la Comisión Redactora del Código entendió importante incluir en el Título Preliminar un capítulo referido al ejercicio de los derechos, también estimó que resultaba necesario caracterizar allí los distintos tipos de bienes de las personas y referirse a las condiciones a que se sujeta su disposición.

En los arts. 15 y 16 el CCyC reitera conceptos que ya se hallaban previstos en el Código Civil y, por tanto, en nada innova.

Las personas –establece el art.15- son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio. Se trata de bienes susceptibles de valor económico sobre los cuales, en principio, las personas pueden disponer libremente.

Los bienes materiales susceptibles de valor económico reciben la denominación de “cosas” (se incluyen en tal concepto a la energía y a los fluidos). Son bienes inmateriales que también integran el patrimonio de las personas los derechos, personales, reales e intelectuales (sobre el contenido del patrimonio, remitimos al punto 5. de la Unidad Temática II).

Una disposición novedosa se incluye en el art.17: “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”. El interés de la Comisión Redactora estuvo centrado en la necesidad de recalcar que se trata de bienes que carecen de valor económico.

Estrechamente relacionado con la posibilidad de disponer del cuerpo humano y sus partes se encuentra el tema de la ablación de órganos y su donación para transplantes, regulado por Ley 24.193, de Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos.

Por último, y en concordancia con el art.75 inc. 17 de la Constitución Nacional, que faculta al Congreso Nacional a reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, el art.18 CCyC dispone: “Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley...”.

La Comisión Redactora estimó necesario incluir la disposición transcrita, porque en el caso se trata de una forma especial de derecho de propiedad: la propiedad comunitaria indígena, que se crea en el texto constitucional del art.75 inc.17, en los siguientes términos: “Corresponde al Congreso:...reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, trnasmisibles, ni susceptible de gravámenes o embargos...”.

5. EFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TERRITORIO: EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ.

Bajo el referido título se plantea el problema de conocer cuál es la norma que habrá de regir un caso determinado, cuando los elementos componentes de la relación jurídica en cuestión se hallan sometidos a regímenes jurídicos de países distintos.

El art. 1 del C.C. disponía: “Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes”.

La norma consagraba el principio de la territorialidad de las leyes, aunque, como veremos, admitiendo en algunos casos la extraterritorialidad de las normas, posibilitando de ese modo la aplicación del derecho extranjero. Así, por ejemplo, la capacidad de hecho de las personas se regía por la ley del domicilio, con independencia de cuál fuera la nacionalidad de la persona o el lugar en que el acto se hubiere celebrado (si una persona de diecisiete años se domiciliaba en un país extranjero, cuya legislación declaraba la plena capacidad civil a partir de esa edad, podía contratar válidamente en la Argentina, aunque aquí la mayoría de edad recién se alcanzara a los dieciocho años).

En materia de inmuebles, el art. 10 del C.C. establecía: "Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto de su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar a esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República". Este principio, que declaraba la territorialidad del derecho en materia inmobiliaria, *contrario sensu*, admitía la posibilidad de la aplicación extraterritorial del derecho cuando la ubicación del inmueble fuera en territorio extranjero.

Régimen del Código Civil y Comercial

El CCyC, en el art.4, mantiene el principio consagrado por Vélez en el art.1º, aunque mejora la redacción en lo referente a los sujetos alcanzados por la ley: "Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales".

El principio general, entonces, continúa siendo el de la aplicación de la ley territorial a todos los habitantes de la Nación, admitiéndose la aplicación de la ley extranjera en forma excepcional por los jueces cuando exista una norma que así lo habilite.

La aplicación de la ley extranjera

El art. 13 C.C. establecía: "La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes...".

La norma exigía dos condiciones para la aplicación de la ley extranjera:

- a) que fuera solicitada por alguna de las partes, y
- b) que quien invocara la ley extranjera probara su existencia (se admitían, por regla general, todos los medios de prueba legales, p.ej. dictámenes periciales de juristas, informes de embajadores, cónsules, etc.).

El art. 14 C.C. prohibía la aplicación de la ley extranjera cuando ello vulnerara el orden público de nuestro país, ofendiera la moral y buenas costumbres o supusiera un avasallamiento a nuestras instituciones.

El CCyC no contiene una disposición similar al art.13 C.C., sino que ha incorporado en el LIBRO SEXTO, denominado "Disposiciones comunes a los derechos personales y reales", el TÍTULO III, "Disposiciones de derecho internacional privado", que contiene diversos artículos que prevén situaciones en las cuales podría resultar procedente la aplicación por nuestros jueces de las leyes extranjeras (arts. 2613 y ss., relativos, a la persona humana; arts. 2621 y ss. referidos al matrimonio; arts.2643 y ss. relativos a sucesiones; art.2649 relativo a la forma de los actos jurídicos, etc.).

A efectos de clarificar el punto, expondremos un ejemplo.

El art.2616 CCyC establece: "La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio. El cambio de domicilio de la persona humana no afecta su capacidad, una vez que ha sido adquirida".

Daremos un ejemplo de aplicación de la ley extranjera por los jueces de nuestro país.

Un ciudadano peruano de diecisiete años (en Perú, la mayoría de edad se alcanza a los 17 años) se radica en Argentina para realizar estudios universitarios. Al tiempo, decide casarse. Cuando realiza los trámites correspondientes ante el Registro Civil, se le deniega esa posibilidad porque, de acuerdo a nuestra legislación, no tiene capacidad para casarse por no haber alcanzado la mayoría de edad, que recién se obtiene a los dieciocho años. El ciudadano peruano recurre ante la justicia la decisión del Jefe del Registro Civil. El juez actuante verifica que, de acuerdo al derecho peruano, el

reclamante, en su país, alcanzó la mayoría de edad. A partir de allí, dicta sentencia habilitando la celebración del matrimonio.

En el ejemplo el juez ha hecho aplicación del derecho extranjero merced a la clara norma del art.2616 CCyC.

En resumen, las normas de derecho internacional privado sobre ámbitos especiales se han ampliado considerablemente respecto de las contenidas en los arts.6 a 12 C.C. y ello tiene que ver no sólo con el paso del tiempo, sino con la necesidad de favorecer la coordinación entre el ordenamiento jurídico argentino y los ordenamientos jurídicos de los demás Estados con los cuales se vinculan las situaciones jurídicas, cada vez más complejas en una realidad intensamente comunicada e interconectada (conf. Fundamentos del Anteproyecto).

6. EFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TIEMPO: LA VIGENCIA DE LA LEY.

El art.5 CCyC dispone: “Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen”.

La norma prevé dos situaciones distintas: que la propia norma establezca el día de su entrada en vigencia, o que guarde silencio a ese respecto, supuesto en que cobra vigencia luego de transcurridos ocho días de su publicación oficial. Toda vez que, entre la publicación y la vigencia deben transcurrir ocho días, la norma entra en vigencia recién al noveno día, a contar del de publicación.

La publicación oficial es la que se lleva a cabo en el Boletín Oficial, aunque, a futuro y atento los avances tecnológicos en materia de información y comunicación, pueden habilitarse legalmente otros medios de difusión y conocimiento.

Es de hacer notar que la publicación de la ley no supone el efectivo conocimiento de las normas por todos los habitantes del país, sino una formalidad orientada a garantizar la posibilidad de que, quien se interese, pueda conocerla.

Derogación y modificación.

La previsión del art.5 CCyC se aplica también a los casos en que las leyes son modificadas o derogadas. Así, no entran en vigencia las modificaciones o derogaciones hasta pasados ocho días de su publicación oficial, si las nuevas leyes modificatorias o derogatorias no indican especialmente otro momento para su vigencia.

Se entiende por derogación la acción del órgano competente para dictar leyes, por la cual deja sin efecto parcialmente una norma. Cuando deja sin efecto la totalidad de una ley el término que corresponde es "abrogación". La modificación, por último, es la acción por la cual se deja sin efecto parcialmente una norma y se reemplaza esa parte por un nuevo texto.

La retroactividad de la ley.

El art. 3 C.C. disponía: "Las leyes disponen para lo futuro, no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos".

La Ley 17.711, de reformas al C.C., sustituyó el antiguo texto por el siguiente: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias".

La nueva fórmula ofrecía al legislador la posibilidad de dictar leyes que tuvieran efecto retroactivo, cosa que vedaba el texto anterior.

El antiguo art. 3 decía que las nuevas leyes no podían alterar derechos adquiridos. El texto, según la Ley 17.711, decía que en el supuesto de que el legislador se decidiera a dictar leyes con efecto retroactivo, las nuevas normas no podrían afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Los límites se fueron haciendo cada vez más estrechos. Derechos adquiridos son aquellos que se encuentran incorporados definitivamente al patrimonio de las personas porque se han cumplido a su respecto todas las formalidades que la ley exige (otorgamiento de escritura pública e inscripción

registrar en el caso de compraventa de inmuebles; autoridad de cosa juzgada de la sentencia judicial que reconoce un derecho a una de las partes litigantes, etc.).

Los derechos amparados por garantías constitucionales no eran todos los derechos enumerados en el art. 14 y 14 bis de la Constitución, sino el derecho de propiedad, al que el art. 17 declara inviolable, el de la libertad personal, el del debido proceso adjetivo, el de la defensa en juicio y demás derechos garantizados en el art. 18 de la Constitución.

El principio de irretroactividad de la ley está estrechamente relacionado con la seguridad jurídica, con el derecho que tienen las personas de conocer los efectos de sus actos al tiempo de otorgarlos, sin quedar en manos del arbitrio de un legislador que, so pretexto de altos intereses en juego nunca explicitados, decida dejar sin efecto derechos ya incorporados al patrimonio de aquéllas.

El art.7 CCyC, en lo pertinente, dispone: "Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...".

La disposición transcripta, en el aspecto analizado, reproduce el texto del art.3 ordenado por Ley 17.711, aunque existen ciertas diferencias que debemos puntualizar.

Cuando en 1968 se dictó la Ley 17.711 los derechos amparados por garantías constitucionales eran exclusivamente los previstos en los arts.17 y 18 de la Constitución. Luego de la reforma constitucional de 1994, las garantías se han ampliado. Así el art.42 establece: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno...". Atento a ello, el texto del art.7 CU debe ser entendido en el sentido de que la aplicación retroactiva de la nueva ley no puede afectar los derechos previstos en los arts.17, 18 y 42 de la Constitución Nacional.

Si bien la reforma de 1994 agregó otras garantías, las únicas que tienen estrecha relación con relaciones y situaciones jurídicas de derecho privado son las contenidas en el art.42.

El efecto inmediato de la nueva ley.

En su primera parte, el art.3 C.C., ordenado por Ley 17.711, establecía: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...". Este texto ha sido reproducido en el inicio del art.7 CCyC.

Por relación jurídica se entiende el vínculo, voluntario o derivado de la ley, que genera obligaciones y derechos correlativos entre partes. Se trata de un concepto dinámico (p. ej.: contrato).

Situación jurídica (expresión tomada por el reformador de la Ley 17.711 del jurista francés Paul Roubier) supone un concepto estático ligado a un cierto "status" en que alguien se encuentra, que lo faculta a ejercitar ciertas prerrogativas (por ejemplo, los padres tienen el derecho de ejercitar respecto de sus hijos, las atribuciones que se derivan de la responsabilidad parental; el titular de dominio de un bien tiene la facultad de exigir a toda la sociedad (erga omnes) que se abstenga de ejercitar actos que se traduzcan en turbaciones a su derecho. La situación jurídica tiene mayor estabilidad en el tiempo que la relación jurídica.

De acuerdo a la norma, las consecuencias de las situaciones o relaciones jurídicas, que se produzcan luego de la entrada en vigencia de la nueva ley, quedarán regladas por ésta. Daremos un par de ejemplos para ilustrar la cuestión.

Si pasado un cierto tiempo desde la recepción de la casa por el comprador, el inmueble presentara defectos atribuibles a mala praxis de la empresa constructora (por ejemplo, rajaduras en las paredes), y ello diera lugar a un reclamo judicial por parte del comprador, para la solución del diferendo se aplicarían las nuevas leyes que se dictaron en el tiempo intermedio entre la entrega de la casa por parte de la empresa constructora y la aparición de los defectos. En el ejemplo, tanto la celebración del contrato entre la empresa constructora y el comprador, como la entrega del inmueble a este último, se operaron bajo la vigencia de una ley; cuando aparecen los defectos y se promueve el reclamo, es otra ley la que rige. Se aplica la nueva ley porque de lo que se trata es de regir la consecuencia de una relación jurídica (contrato) ya existente. El contrato no se hallaba en curso de ejecución (construcción de la casa por la empresa y pago de las cuotas por parte del comprador), porque las obligaciones asumidas por ambas partes se habían cumplido en su totalidad. El reclamo por defectos surge después, cuando el comprador ya habita el inmueble y al tiempo aparecen rajaduras en las paredes.

Pasemos al otro ejemplo.

Dos personas integraban como únicos socios una sociedad anónima constituida en 2010, bajo la vigencia de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales. A fines de abril de 2015, por fallecimiento de uno de ellos, el número de socios queda reducido a uno. El art.94 inc.8 de la Ley de Sociedades Comerciales disponía: "La sociedad se disuelve: ...por reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de tres meses". Pasan los tres meses,

no se incorporan nuevos socios y la sociedad cae en disolución. Con fecha 1° de agosto de 2015 empieza a regir la Ley N° 26.994, que además de aprobar el nuevo Código Civil y Comercial, introduce algunas modificaciones a la Ley 19.550. Una de las más importantes novedades es que recepta en nuestro sistema legal la figura de la sociedad anónima unipersonal y, paralelamente, deja sin efecto el inc.8 del art.94, e incorpora al texto legal (la antigua Ley de Sociedades Comerciales ahora se denomina Ley General de Sociedades) el art.94 bis, que dispone: “La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución...”. En este ejemplo, la nueva ley pasa a regir las consecuencias de una situación jurídica existente (el *status* de socio, nacido en 2010, que es una situación dotada de permanencia en el tiempo y cierta estabilidad). Por aplicación de la nueva ley, la antigua sociedad podrá transformarse en una sociedad anónima unipersonal, cumpliendo –claro está- los recaudos exigidos por la ley.

El modo de contar los intervalos del derecho.

En esta materia, el CCyC reitera las reglas que al respecto contenía el C.C., aunque mejorando la redacción y previendo también la posibilidad de que existan plazos fijados en horas.

El art.6 establece: “El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo”. Con respecto a la última parte del artículo, donde se prevén los plazos computados en horas y la posibilidad de que otras leyes puedan variar los criterios fijados en este artículo, es necesario hacer algunas aclaraciones. En primer lugar, las leyes no fijan plazos en horas, razón por la cual esa posibilidad quedará reservada a los acuerdos de partes, generalmente en el marco de las relaciones comerciales (p.ej.: préstamos entre bancos). En lo que hace a la regulación que en materia de plazos pueden contener otras leyes, el ejemplo clásico son los Códigos Procesales, que prevén que las

actuaciones y diligencias judiciales se practicarán en días y horas hábiles (conf. art.152 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). De igual modo, el art.1° inc.) de la Ley de Procedimientos Administrativos, N°19549 dispone: “Los actos, actuaciones y diligencias se practicarán en días y horas hábiles administrativos...”.

UNIDAD TEMÁTICA II: LA RELACIÓN JURÍDICA. LA PERSONA HUMANA

por Marcelo Roitbarg

1. LA RELACIÓN JURÍDICA: CONCEPTO. ELEMENTOS: SUJETO, OBJETO Y CAUSA FUENTE.

Toda relación jurídica, entendida como el vínculo, voluntario o derivado de la ley, que genera obligaciones y derechos correlativos entre partes, reconoce tres elementos esenciales: sujeto (que se desdobra en sujeto activo y sujeto pasivo, según quién pueda exigir el cumplimiento de una obligación a su respecto o quién deba cumplir con dicha obligación, respectivamente), objeto y causa fuente.

Por lo general, cuando se hace referencia a la relación jurídica se habla de vínculo generador de derechos y obligaciones y está bien en la medida que se formule una aclaración con respecto al alcance que debe darse al concepto “obligación”. Esa aclaración la haremos ahora.

En el lenguaje común utilizamos indistintamente las palabras obligación y deber como conceptos sinónimos. En materia jurídica se impone alguna precisión.

Las obligaciones tienen por objeto prestaciones de dar, de hacer o de no hacer. Esas prestaciones deben ser susceptibles de apreciación económica, de modo tal que, ante el incumplimiento, la cuestión pueda resolverse en el pago de una indemnización en dinero.

Los deberes son distintos, porque su incumplimiento no admite indemnización alguna. Para ilustrar la cuestión, tomemos los deberes nacidos del derecho de familia: del matrimonio, de la filiación, del parentesco.

Si un padre no cumple su deber de dar educación, afecto, protección a su hijo, podrá ser sancionado con la privación del ejercicio de la responsabilidad parental (anteriormente denominada patria potestad), de conformidad con lo dispuesto en el art.700 CCyC. Si una persona no da sostén alimentario a su hijo menor de 21 años o mayor si estuviere impedido, o a sus padres impedidos, podrá ser acusado criminalmente por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (Ley 13.944, modificada por Leyes 23.479 y 24.029).

El incumplimiento de los deberes impuestos por las leyes a las personas, entonces, no admite como solución el pago de una indemnización, justamente porque tales deberes de conducta no tienen contenido económico, sino que son impuestos en preservación de otros valores.

Así entonces, cuando nos referimos a una relación jurídica, debemos entender que sobre el sujeto pasivo puede recaer una obligación o un deber, según la naturaleza de la cuestión de que se trate.

El sujeto activo, por tanto, podrá accionar judicialmente en procura de una indemnización, cuando se trate del incumplimiento de una obligación, o en procura de que se aplique al sujeto pasivo una sanción o se lo prive de algún derecho, cuando de lo que se trate sea del incumplimiento de algún deber legal.

En los puntos sucesivos de esta misma Unidad y en la siguiente abordaremos el estudio de los tres elementos de la relación jurídica; así, daremos tratamiento en primer lugar al sujeto, a través de la exposición de la Teoría General de las Personas, luego al objeto de la relación jurídica obligacional, mediante el análisis del patrimonio y su contenido; y por último, nos concentraremos en la causa-fuente de la relación jurídica, a cuyo fin daremos tratamiento al tema de los hechos y actos jurídicos.

2. LA PERSONA: CONCEPTO Y CLASES. LA PERSONA HUMANA.

El art. 30 del C.C. establecía: "Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones". El CCyC, en cambio, no ha dado un concepto de persona que englobe a las personas humanas (antes, denominadas personas físicas o de existencia visible) y a las personas jurídicas (también nominadas en el C.C. como personas de existencia ideal), sino que ha optado por dar tratamiento a la persona humana y a su problemática en el Título I del Libro I y hacer lo propio en el Título II con respecto a las personas jurídicas.

Las especies que prevé el CCyC son personas humanas y personas jurídicas (instituciones u organizaciones públicas o privadas).

Comienzo de la existencia. La concepción. Los derechos y obligaciones de las personas por nacer.

El art.70 del C.C. establecía: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...". Este texto no daba protección alguna a los embriones fecundados "in vitro" y aún no implantados en el cuerpo de la madre, en la medida que la concepción de la persona y, por tanto, su protección legal empezaba desde la concepción en el seno materno.

El art.19 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación establecía: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella

en los casos de técnicas de reproducción humana asistida”, con lo cual no se innovaba en el principio establecido en el Código de Vélez.

En los Fundamentos de tal Anteproyecto y con respecto a tal disposición, los Redactores exponían: “La norma relativa al comienzo de la persona tiene en consideración el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno”.

Ahora bien, cuando el proyecto fue elevado al Poder Ejecutivo, se cambió el texto del proyectado art.19 por el siguiente: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. De este modo, mediante el nuevo texto, se da amparo legal también al óvulo que está siendo fecundado “in vitro”, antes de su implantación en la madre. El interrogante que enseguida surge es el de saber si la existencia de la persona humana comienza con la fecundación del óvulo “in vitro” o si recién comienza cuando ese óvulo fecundado es reinsertado en el útero de la madre.

La doctrina se halla dividida: mientras gran parte de los autores se pronuncian por la primera opción, argumentando que la redacción actual del art.19 CCyC “...deja bien en claro que el embrión concebido fuera del cuerpo de la madre es también persona, gozando de igual tutela jurídica que aquellos formados intrauterinamente”³, otros autores, basándose en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaído en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, del 28 de noviembre de 2012, concluyen en que “... la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana”⁴.

Con relación a este fallo, por no haber sido parte en el juicio la República Argentina, la mayor parte de la doctrina coincide en la no obligatoriedad de su aplicación por los poderes de nuestro país.

Explicado brevemente el punto y los disensos existentes, debe hacerse notar que el art.21 del CCyC, al establecer que “los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida...”, parece no dar cabida a la interpretación según la cual la existencia de la persona humana comienza con la fecundación “in vitro” del óvulo y admitir, por el contrario, la posición que afirma que recién cuando el óvulo fecundado “in vitro” se inserta en el útero de la mujer comienza la existencia de la persona humana.

³ REVIRIEGO, Nicolás, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela-Directores), LA LEY, Buenos Aires, 2014, T.I pág.117.

⁴ HERRERA, Marisa, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (LORENZETTI, Ricardo L.-Director), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, T.I, pág.99.

Con esta interpretación, nada cambiaría con respecto a la solución que daba Vélez a la cuestión al inicio del art.70 del Código Civil: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...”.

Ahora bien, el art.20 CCyC establece que “época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento”.

Esta presunción admite prueba en contrario.

Así, entonces, a partir de la fijación del tiempo máximo y mínimo del embarazo, se presume que la concepción se produjo dentro de los primeros 120 días de los 300 que precedieron al parto.

Adquiere importancia determinar el momento en que la concepción se produjo porque permite establecer si un hijo es matrimonial o no (art.566 CCyC); establecer a quién corresponde la paternidad del hijo si, por ejemplo, la mujer viuda o divorciada, que contrajere nuevo matrimonio antes de los 300 días de la muerte de su primer esposo o de la disolución del matrimonio, al tiempo diere a luz un hijo (art.568 CCyC).

A efectos de una completa comprensión del tema en análisis, haremos una breve referencia a las presunciones legales.

Como vimos, el art.20 CCyC, al establecer el lapso máximo y mínimo del embarazo, refiere que tales plazos se presumen, excepto prueba en contrario.

Las presunciones legales son afirmaciones contenidas en la ley, que dan certeza respecto de los hechos a que se refieren (en el caso, con relación a la duración del embarazo). Las presunciones se basan en la observación del orden regular de los acontecimientos y en el estado de avance del conocimiento acerca de la cuestión sobre las que recaigan.

Existen dos tipos de presunciones legales: “iuris tantum”, que admiten prueba en contrario, como es el caso del lapso máximo y mínimo del embarazo (la ciencia médica ha comprobado que existen embarazos mayores a trescientos días y menores a ciento ochenta, aunque no es lo común); y “iuris et de iure”, que para el orden legal son verdaderas y no admiten prueba en contrario (el art.74 CCyC, cuando se refiere al domicilio legal dispone que “...es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones...”).

Conforme con el art. 70 C.C., el nacimiento con vida funcionaba como condición para que los derechos recibidos por la persona durante su concepción quedaran irrevocablemente adquiridos. Bastaba que esa vida hubiera durado unos pocos instantes; aunque era exigencia que existiera separación del seno materno (que la criatura hubiera sido extraída completamente, aun por medios quirúrgicos, resultando indiferente que se hubiera cortado el cordón umbilical).

No se exigía que la criatura estuviere dotada de viabilidad; esto es, que resultare clínicamente apta para continuar la vida (art. 72 C.C.).

El CCyC prevé la situación en el art.21: “Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”.

Si la criatura nace con vida y vive aunque sea unos instantes, los derechos recibidos durante la concepción quedan irrevocablemente adquiridos y pasan a sus padres por sucesión.

El art. 64 C.C. preveía la posibilidad de admitir la representación de las personas por nacer cuando éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia.

La doctrina, en general, ha entendido que no eran estos los únicos casos de derechos que podían adquirir, ni tampoco los únicos supuestos en que resultaba admisible la representación legal de las personas por nacer. Así, por ejemplo, puede darse el caso de que la persona por nacer resulte beneficiaria de una indemnización pagada por una compañía de seguros. Por ejemplo, una persona contrata un seguro de vida en el que nombra beneficiario al hijo de otra; ocurrido el fallecimiento del tomador del seguro, se da la situación de que el beneficiario aún no ha nacido, pero se encuentra en concepción. Es un caso para que se admita el ejercicio de la representación legal de quien aún no ha nacido, con vistas a la debida protección de sus intereses.

Puede ocurrir también que la madre en estado de gravidez, beneficiaria de una cuota alimentaria, solicite, a raíz de su embarazo, un aumento de dicha cuota al obligado. En puridad, el titular del aumento de la cuota alimentaria es la persona por nacer, aunque será la madre quien ejercerá su representación legal para accionar judicialmente. También puede darse que la madre no reciba ninguna cuota alimentaria, pero que su embarazo la coloque en la necesidad de incurrir en mayores gastos de atención médica y de preparación del ajuar para el nacimiento, a los que no puede hacer frente con sus ingresos. En este caso, el reclamo alimentario a emprender lo será en representación de la persona por nacer.

El art.21 CCyC antes visto, en su primer párrafo, establece: "Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida...". En primer lugar la disposición ya no se refiere a la herencia o donación como única posibilidad de adquirir derechos, con lo cual las demás formas que vimos en los ejemplos precedentes también son posibles.

En otro orden, el artículo hace referencia a que durante la concepción la persona puede contraer obligaciones. El caso típico es el de las donaciones con cargo, es decir, aquellas en que el donante impone una obligación accesoria a cumplir por el beneficiario (ej.: una persona dona una cierta cantidad de dinero al hijo en concepción de determinada mujer, pero le impone el cargo de que una parte de lo recibido sea donada, a su vez, a un determinado hospital. La madre, en ejercicio de la representación legal de su hijo en concepción, acepta la donación y, por tanto, también el cargo accesorio. De este modo, la persona por nacer contrae una obligación hacia un tercero).

El art.100 CCyC, referido a la representación de los incapaces, dispone que son representantes de las personas por nacer sus padres.

3. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: CONCEPTO Y CARACTERES.

Son aquellos íntimamente vinculados a la condición de ser humano, y cuya negación determinaría la de su propia existencia como tal. Ellos son el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, a la honra, a la intimidad.

Tales derechos presentan los siguientes caracteres:

a) Absolutos:

Porque resultan oponibles "erga omnes", es decir, contra cualquiera que intente desconocerlos o avasallarlos.

b) Extrapatrimoniales:

No tienen un valor pecuniario, aun cuando su lesión por acción de terceros pueda originar acciones de daños y perjuicios, que sí tienen un objetivo económico.

c) Innatos:

Nacidos con el sujeto mismo. Aunque el ejercicio de la mayoría de estos derechos se va a dar luego del nacimiento, su origen se liga al principio de la existencia del ser humano; esto es, al momento de la concepción.

d) Inalienables:

No son susceptibles de ser enajenados (transferidos o cedidos a terceros) Están fuera del comercio.

e) No caducan por el transcurso del tiempo.

Derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial. La inviolabilidad de la persona humana.

El C.C. no contenía una regulación específica de los derechos de la personalidad. Fueron las distintas leyes modificatorias y complementarias del Código las que paulatinamente incorporaron normas relativas al derecho a la intimidad (art.1071 bis C.C.), al transplante de órganos (Ley 24.139), a la protección de los datos personales (Ley 25.326), a la muerte digna (Ley 26.742).

El CCyC, siguiendo en este aspecto los lineamientos de los tratados internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional (art.75 inc.22 C.N.), ha incluido en el Libro I – PARTE GENERAL, Título I – “Persona Humana”, el Capítulo 3 referido a los Derechos y Actos Personalísimos.

El art.51 CCyC establece: “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

El art.52 CCyC, en enumeración no taxativa, dispone: “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1” (normas relativas al deber genérico que pesa sobre todas las personas de evitar causar daño a otro, disminuir su magnitud o no agravarlo, según las circunstancias del caso; y de repararlo, en caso de haberse causado).

El art.53 CCyC refiere que para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona resulta necesario el consentimiento previo de ésta, salvo:

- a) que la persona participe en actos públicos;
- b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;
- c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

En caso de personas fallecidas, pueden prestar el consentimiento sus herederos o aquel a quien hubiere designado el causante en su testamento. Pasados veinte años desde la muerte de la persona de que se trate, la reproducción no ofensiva de su imagen o voz es libre.

Es importante destacar que, no obstante la excepción que la disposición prevé en el inciso a), la reproducción de la imagen o la voz de una persona pública (funcionario gubernamental, artista, deportista, etc.) debe corresponderse con actos, reuniones o eventos en los que intervenga públicamente esa persona. Es ilegítima cualquier intromisión en la vida privada de una persona pública.

El art.56 CCyC prohíbe los actos de disposición sobre el propio cuerpo, en la medida que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable”.

Esta disposición complementa de algún modo a la previsión contenida en el art.17 CCyC, según la cual: “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”.

La Ley 26.743, de establecimiento de la identidad de género de las personas, en su art.11 establece que todas las personas mayores de dieciocho años, a fin de garantizar el goce de su salud integral, podrán acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Se trata aquí de una excepción al principio general contenido al inicio del art.56 CCyC, según el cual se prohíben los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad.

4. LOS ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD.

El de “persona” es un concepto netamente jurídico, no obstante que en el lenguaje común la palabra persona sea tomada y entendida como sinónimo de ser humano.

La persona es tal porque puede actuar en el campo del Derecho, como sujeto activo o pasivo de una relación jurídica.

La personalidad jurídica posibilita, tanto al ser humano (persona humana), como a las instituciones u organizaciones (personas jurídicas), adquirir derechos y contraer obligaciones. La personalidad jurídica otorga, a quienes la detentan, ciertas cualidades que favorecen su actuación en el plano jurídico. A esas cualidades se las denomina atributos de la personalidad.

Son atributos de la personalidad el nombre, la capacidad, el domicilio y el patrimonio. Tratándose de personas humanas, se agrega un nuevo atributo: el estado, que es el lugar que estas ocupan en la sociedad y principalmente, en la familia (en doctrina se lo ha referido como “estado civil” y con el paso del tiempo esa denominación se ha cambiado por la de “estado de familia”).

Nombre.

Es la denominación que se da a una persona, que permite identificarla y distinguirla de las demás. Este instituto no fue previsto en el régimen del Código Civil. Recién en 1969 se dictó la Ley 18.248, que lo reguló en forma orgánica, receptando en gran medida el derecho consuetudinario entonces vigente. El CCyC ha actualizado el texto de dicha norma, para adecuarlo a principios constitucionales que priorizan el derecho a la identidad, a la autonomía de la voluntad y a la igualdad (conf. Fundamentos del Anteproyecto de CCyC).

Se trata de un atributo de la personalidad, que asume características de derecho y de deber a la vez. Derecho, porque la persona tiene la facultad de hacer respetar su nombre y de acudir a las vías legales para impedir que se obstaculice o impida su uso; y deber, porque el orden social y jurídico exige un medio de individualización de las personas. En este sentido, el art.62 CCyC establece: “La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden”.

Prenombre.

El art.63 CCyC prevé las reglas básicas a que deberá ajustarse el prenombre (anteriormente denominado nombre individual o nombre de pila) de las personas: “La elección del prenombre está sujeta a las reglas siguientes:

a) corresponde a los padres o a las personas a quienes ellos den su autorización para tal fin; a falta o impedimento de uno de los padres, corresponde la elección o dar la autorización al otro; en defecto

de todos, debe hacerse por los guardadores, el Ministerio Público o el funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas;

b) no pueden inscribirse más de tres prenombrs, apellidos como prenombrs, primeros prenombrs idénticos a primeros prenombrs de hermanos vivos; tampoco pueden inscribirse prenombrs extravagantes;

c) pueden inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas”.

Respecto de la prohibición de inscribir a una persona con un primer prenombre idéntico al de hermanos vivos, es de aclarar que esa restricción, que ya se hallaba prevista en la Ley 18.248, admitía una excepción, creada por el derecho consuetudinario, en lo referente a los prenombrs María y José, en la medida que todos los hermanos que llevaran ese prenombre tuvieran un segundo prenombre que los diferenciara. Es el caso de hermanas llamadas, por ejemplo María Eugenia y María Emilia, o de hermanos llamados José Alberto y José Manuel.

Se consideran “extravagantes” los prenombrs raros, extraños o desacostumbrados.

Con respecto a la inscripción de nombres aborígenes, ya la Ley 18.248, modificada por Ley 23162, preveía esa posibilidad en el art.3° bis.

El CCyC elimina algunas prohibiciones que contenía el art.3° de la Ley 18.248. Tal es el caso de la restricción que existía para inscribir nombres que expresaran o significaren tendencias políticas o ideológicas, o que suscitaren equívocos respecto del sexo de la persona a quien se impusiere.

Se estima que la eliminación de esta última prohibición ha tenido como fundamento los términos de la Ley de Identidad de Género N°26.743. Nos parece que la disposición del art.63 CCyC fija reglas para la elección del prenombre de niños y no resulta conveniente que los padres puedan, a su arbitrio, elegir un prenombre que deje dudas en cuanto al sexo del menor o del recién nacido.

La Ley de Identidad de Género garantiza a toda persona que haya alcanzado la mayoría de edad la posibilidad de solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida. Sólo por excepción se habilita a los representantes legales de los menores a obrar en dicho sentido (conf. arts.3, 4 y 5). En resumen, en nuestra opinión, la prohibición contenida en el art.3 de la Ley 18.248, de imponer nombres que susciten equívocos respecto del sexo de la persona de quien se trate, debió mantenerse, en la medida que el interesado directo, en orden a su identidad de género autopercibida, podrá ejercer su derecho a cambiar su nombre, en forma plena, cuando alcance la mayoría de edad.

Otra prohibición del art.3 de la Ley 18.248, establecía: “...no podrán inscribirse:... 2) Los nombres extranjeros, salvo los castellanizados por el uso o cuando se tratare de los nombres de los padres del inscripto, si fuesen de fácil pronunciación y no tuvieran traducción en el idioma nacional. Queda exceptuado de esta prohibición el nombre que se quisiera imponer a los hijos de los funcionarios o empleados extranjeros de las representaciones diplomáticas o consulares acreditadas ante nuestro país, y de los miembros de misiones públicas o privadas que tengan residencia transitoria en el territorio de la República”.

Esta prohibición ha sido eliminada en el CCyC, con lo cual la imposición de nombres extranjeros es libre. Ello no obstante, si por vía de la imposición de un prenombre extranjero, se arriba a la extravagancia que el art.63 CCyC expresamente veda, llegaríamos, por esta vía indirecta, a la prohibición de un nombre extranjero.

Apellido.

El apellido es la denominación que corresponde a los miembros de una misma familia.

Según que la adquisición del apellido sea originaria o derivada, se presentan varios supuestos a distinguir.

A - Casos de adquisición originaria (vinculada a la filiación de la persona)

a) Hijos matrimoniales:

El primer párrafo del art.64 CCyC, en consonancia con la ley de matrimonio igualitario, con la doctrina de la Corte Suprema orientada a eliminar de la legislación toda forma de discriminación por razones de sexo, y atendiendo al superior interés del niño, establece: “El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro. Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos...”.

b) Hijos extramatrimoniales:

El art.64 CCyC, en su última parte, de acuerdo con los principios tenidos en mira para reglar el apellido de los hijos matrimoniales, prevé la situación de los hijos extramatrimoniales: “...El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos

padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño”.

El art.65 CCyC establece que la persona menor de edad sin filiación determinada debe ser anotada por el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas con el apellido que está usando, o en su defecto, con un apellido común”.

Bajo el título de “Casos Especiales”, el art.66 CCyC determina que la persona con edad y grado de madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando. Aunque es plausible la posibilidad que el art.66 CU acuerda a los menores de edad para actuar por sí en el pedido de inscripción del apellido que estén usando, la dificultad se le va a generar al jefe del Registro Civil para determinar “el grado de madurez suficiente” en el peticionante, que la disposición exige.

c) Hijos adoptivos:

Nuestra Ley 19.134 modificada por Ley 23.515 preveía dos tipos de adopción: plena, que insertaba al menor en la familia adoptante, borrando la filiación originaria; y simple, que mantenía el parentesco de sangre del menor.

El CCyC en los arts.619 y 620 regula tres tipos de adopción:

- a) plena: confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.
- b) simple: confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante
- c) de integración: se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente.

En materia de nombre, y con alcance a las tres formas de adopción, el art.623 establece: “El prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione”.

En la adopción plena, el apellido del hijo se rige por las reglas siguientes (art. 626 CCyC):

- a) si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que éste sea mantenido.

b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales, anteriormente vistas.

c) excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta.

En todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión.

En la adopción simple, el art.627 inc. d) del CCyC prevé que el adoptado que cuente con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, en su caso, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos. A falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena.

Toda vez que la adopción simple, a diferencia de la plena, es revocable (causa de indignidad; petición justificada del adoptado mayor de edad; acuerdo de adoptante con el adoptado mayor de edad manifestado judicialmente), el art.629 CCyC “in fine” dispone que, revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo.

Por último, en la adopción de integración el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena. En materia de nombre se aplican las reglas antes vistas, establecidas en el art.626 CCyC.

En cambio, en el supuesto de que el adoptado tenga doble vínculo filial de origen, tanto él, cuando cuente con edad y grado de madurez suficiente, como los adoptantes, en su caso, podrán solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos. A falta de petición expresa en tal sentido, se aplican las reglas de la adopción plena en materia de apellido (conf. arts.631, 621 y 627 inc. d) CCyC)

La adopción de integración es revocable por las mismas causales previstas para la adopción simple (art.633 CU). Si bien nada se establece en el CCyC respecto de los efectos que de tal revocación se derivan, parece lógico la aplicación analógica de la solución contenida al final del art.629 CCyC: “...Revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo”.

B - Casos de adquisición derivada (vinculada al cambio de estado civil de la persona)

El art.67 CCyC establece: “Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición “de” o sin ella. La persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo. El cónyuge viudo puede seguir usando el apellido del otro cónyuge mientras no contraiga nuevas nupcias, ni constituya unión convivencial”.

En el nuevo régimen cualquiera de los cónyuges puede usar el apellido del otro, sea anteponiéndole la preposición “de” o no.

Luego de la admisión legislativa del matrimonio igualitario, la Ley del Nombre N° 18.248, admitía la situación que prevé el art.67 CCyC, pero solamente entre cónyuges del mismo sexo. En el matrimonio heterosexual, la posibilidad de utilizar el apellido del cónyuge precedido de la preposición “de” sólo cabía a la esposa.

En el CCyC cada cónyuge puede usar el apellido del otro o no hacerlo, dado que el art.67, en su inicio, deja en claro que se trata de una opción facultativa.

Mediando divorcio o nulidad de matrimonio la persona no puede continuar utilizando el apellido del otro cónyuge, salvo que medie autorización judicial fundada en motivos razonables. Entre las razones fundadas puede mencionarse el caso de que la persona que pretende continuar con el uso del apellido de su ex cónyuge fuese conocida públicamente por tal apellido en el ámbito profesional, artístico, industrial, empresarial, etc.

El último párrafo del art.67 CCyC, prevé la situación del viudo o viuda, quien puede seguir usando el apellido de su cónyuge, mientras no contraiga nuevas nupcias o constituya una unión convivencial (unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo).

Cambio de nombre.

El art. 69 dispone: “El cambio de prenombre o apellido sólo procede si existen justos motivos a criterio del juez. Se considera justo motivo, de acuerdo a las particularidades del caso, entre otros, a:

- a) el seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad;
- b) la raigambre cultural, étnica o religiosa;

c) la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada.

Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad". La razón de las importantes modificaciones introducidas en el CCyC en materia de cambio de nombre debe buscarse en la necesidad de adecuar la legislación interna a los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art.75 inc.22 de la Constitución Nacional). Así, por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica, establece el derecho de toda persona a usar los apellidos de sus padres (art.18), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en los asuntos relacionados con el matrimonio, las relaciones familiares y en la igualdad de derechos con los hombres, respecto de los hijos. También debe tenerse presente como fuente de la disposición la Ley de Identidad de Género N°26.743.

Todos los cambios de prenombre o apellido deben tramitar por el proceso más abreviado que prevea la ley local, con intervención del Ministerio Público. El pedido debe publicarse en el diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses. Puede formularse oposición dentro de los quince días hábiles contados desde la última publicación. Debe requerirse información sobre medidas precautorias existentes respecto del interesado. La sentencia es oponible a terceros desde su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Deben rectificarse todas las partidas, títulos y asientos registrales que sean necesarios (art.70 CU).

Protección del nombre.

Establece el art.71 CCyC: "Puede ejercer acciones en defensa de su nombre:

- a) aquel a quien le es desconocido el uso de su nombre, para que le sea reconocido y se prohíba toda futura impugnación por quien lo niega; se debe ordenar la publicación de la sentencia a costa del demandado;
- b) aquel cuyo nombre es indebidamente usado por otro, para que cese en ese uso;
- c) aquel cuyo nombre es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía, si ello le causa perjuicio material o moral, para que cese el uso.

En todos los casos puede demandarse la reparación de los daños y el juez puede disponer la publicación de la sentencia.

Las acciones pueden ser ejercidas exclusivamente por el interesado; si ha fallecido, por sus descendientes, cónyuge o conviviente, y a falta de éstos, por los ascendientes o hermanos”.

El CCyC prevé tres acciones distintas: de reconocimiento, de impugnación o usurpación y de supresión de nombre.

Con respecto a la última de las acciones nombradas, es de señalar que la Ley 18.248, en su art.21, segunda parte, exigía para la procedencia de la acción de supresión de nombre, que su utilización por un tercero para la designación de cosas o personajes de fantasía fuera maliciosa, es decir, a sabiendas de estar causando un perjuicio al titular del nombre.

Esta exigencia fue eliminada del texto del inciso c) del art.71, en correspondencia con la opinión de la doctrina, que afirmaba la dificultad que suponía, para quien ejercitara la acción, la demostración en juicio de la maliciosidad en el obrar del demandado.

Domicilio: especies.

Es el lugar que la ley establece como asiento de una persona, con vistas a la producción de efectos jurídicos.

En primer lugar, se distingue entre domicilio general y domicilio especial.

El domicilio general es el que la ley fija para producir con amplitud efectos jurídicos respecto de la persona (produce efectos cualesquiera sean las relaciones jurídicas implicadas). El domicilio especial, en cambio, está previsto para producir efectos jurídicos determinados (respecto de algunas relaciones jurídicas específicas).

El domicilio general, a su vez, reconoce dos subespecies: domicilio real y domicilio legal.

El domicilio especial, que en el régimen del C.C. se subdividía, a su vez, en convencional, procesal, de sucursales, etc., en el CCyC ha sido previsto en el art.75 como sinónimo de domicilio contractual. A continuación, trataremos cada una de estas especies.

Domicilio real.

El art.73 CCyC establece que “la persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual...”.

La residencia es el elemento material del domicilio. La residencia de una persona es el lugar en el que habita en forma permanente; es una situación de hecho. La ley, como vemos, le asigna el carácter de domicilio real al lugar de residencia habitual de la persona humana.

La habitación, en cambio, es el lugar en que accidentalmente se encuentra una persona. Se trata de un concepto sin implicancias jurídicas.

En su segundo párrafo, el art.73 CCyC dispone: “Si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad”.

De este modo, el CCyC mejora sustancialmente la redacción contenida en el art.89 C.C., según la cual el domicilio real de las personas era el lugar en que tenían establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios.

En el nuevo régimen, una persona humana podrá tener un domicilio real, que es donde reside en forma habitual y otro domicilio real en el lugar donde desempeña su actividad profesional o económica.

En la normativa del C.C. el domicilio real era único; ahora, en cambio, puede existir una persona humana con más de un domicilio real.

Los elementos que componen el domicilio real son:

- a) Material o corpus: es la residencia efectiva de la persona humana en un lugar, sea donde reside en forma habitual, sea donde desempeña su actividad profesional o económica.
- b) Subjetivo o animus: está dado por la intención de la persona humana de permanecer en dicho lugar y de convertirlo en asiento principal de su vida en relación.

Son sus caracteres los siguientes:

- a) Voluntario: su fijación depende exclusivamente de la voluntad de la persona humana.
- b) Variable: la persona humana puede cambiarlo sin limitación alguna. A este respecto, el art.77 CCyC prevé: “El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada por contrato, ni por disposición de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica

instantáneamente por el hecho de trasladar la residencia de un lugar a otro con ánimo de permanecer en ella”.

Domicilio legal.

Es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones (conf. art. 74 CCyC). La disposición prácticamente reproduce el texto del encabezado del art.90 C.C.

Son caracteres del domicilio legal los siguientes:

- a) Forzoso: la ley lo impone, con independencia de cuál sea la voluntad de la persona.
- b) Excepcional: su vigencia lo es para los casos especialmente previstos por la ley, los que no podrán extenderse, por vía de analogía, a otras situaciones no previstas.

Distintos supuestos

El art.74 CCyC, en forma taxativa, prevé diversos casos de domicilio legal:

- a) los funcionarios públicos, tienen su domicilio en el lugar en que deben cumplir sus funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas, o de simple comisión.
- b) los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que lo están prestando.
- c) los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tienen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual.

La misma solución se reitera en el art.76 CCyC: “La persona cuyo domicilio no es conocido lo tiene en el lugar en que se encuentra; y si éste también se ignora, en el último domicilio conocido”.

- d) las personas incapaces lo tienen en el domicilio de sus representantes.

Domicilio especial.

El art.75 CCyC, utilizando similares términos a los contenidos en el art.101 C.C., establece que “las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan”

Es el lugar particularmente previsto para producir efectos jurídicos determinados.

La fijación de un domicilio especial a los fines del contrato es una práctica común que, ante el supuesto de incumplimiento, posibilita a las partes promover las acciones legales sin necesidad de recurrir a indagaciones para conocer el domicilio al que habrá de notificarse la demanda.

Los domicilios especiales no pueden ser cambiados si no media consentimiento previo de las partes del contrato.

El domicilio especial presenta como caracteres que es voluntario, en la medida que las partes lo fijan a su arbitrio, y excepcional, porque sólo existe en los casos en que las partes de un contrato lo fijen.

Capacidad: concepto y especies.

Se denomina capacidad, en general, a la aptitud de la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Se distinguen dos especies de capacidad: de derecho (también denominada de goce) y de ejercicio (de hecho).

Capacidad de derecho es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, en tanto que capacidad de hecho es la posibilidad de la persona humana de ejercer por sí los derechos y cumplir las correlativas obligaciones o deberes jurídicos que esas relaciones jurídicas suponen.

El CCyC se refiere a la capacidad de derecho en el art.22: “Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”. Por su parte, el art.23 se ocupa de la capacidad de ejercicio: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

En correspondencia con los conceptos dados, existen, entonces, incapacidades de derecho e incapacidades de ejercicio, es decir, existen personas que, por determinadas características o calidades que poseen, no pueden ser titulares de determinadas relaciones jurídicas y existen otras que, por su situación de falta de madurez o de salud mental, son incapaces de ejercitar por sí un determinado derecho, debiendo valerse de representante legal.

Incapacidad de derecho.

La ley establece las incapacidades de derecho sustentándose en razones de orden moral, que aconsejan, por ejemplo, impedir a ciertas personas celebrar contratos con otras o respecto de bienes determinados.

Las incapacidades de derecho son excepcionales y de interpretación restrictiva, es decir, que no pueden extenderse a otras situaciones no previstas, por vía de analogía. Siempre son relativas, es decir, para casos especialmente previstos, dado que admitir incapaces de derecho absolutos supondría la muerte civil de la persona de que se trate. La regla, por tanto, es la capacidad de derecho y la excepción las incapacidades o inhabilidades.

A continuación haremos una breve reseña de algunos supuestos que el CCyC expresamente prevé, con la advertencia de que no son los únicos casos de inhabilidades o incapacidades de derecho contenidos en la ley. Así, por ejemplo, el art.689 CCyC establece que los progenitores no pueden hacer contrato alguno con el hijo que está sometido a su responsabilidad parental (denominación más abarcativa que la antigua patria potestad); y el art.120 CCyC dispone que los tutores no pueden, ni con autorización judicial, celebrar con el tutelado los actos prohibidos a los padres respecto de sus hijos menores de edad.

Bajo el título de “inhabilidades especiales”, el art.1002 CCyC dispone: “No pueden contratar en interés propio:

- a) los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados;
- b) los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido;
- c) los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido;
- d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí.

Los albaceas que no son herederos no pueden celebrar contrato de compraventa sobre los bienes de las testamentarias que estén a su cargo”.

Más adelante, bajo el título de “inhabilidad para suceder por testamento”, el art.2482 CCyC establece: “No pueden suceder por testamento:

- a) los tutores y curadores a sus pupilos, si éstos mueren durante la tutela o curatela o antes de ser aprobadas las cuentas definitivas de la administración;
- b) el escribano y los testigos ante quienes se haya otorgado el testamento, por el acto en el cual han intervenido;
- c) los ministros de cualquier culto y los líderes o conductores espirituales que hayan asistido al causante en su última enfermedad”.

Incapacidad de ejercicio.

Las incapacidades de ejercicio son establecidas por la ley para preservar o defender los intereses de personas que, por su falta de madurez o de salud mental, no se encuentran en condiciones de ejercer por sí los derechos o de cumplir las obligaciones o deberes jurídicos a su cargo, derivados de las relaciones jurídicas.

Las incapacidades de ejercicio se sustentan en la falta de aptitud psíquica de la persona, que le impide ejercitar por sí sus derechos y cumplir las obligaciones o deberes jurídicos a su cargo. Esas incapacidades, de carácter protectorio o tuitivo, son susceptibles de ser suplidas a través de la representación de la persona de que se trate o de un sistema de apoyos que regula especialmente el CCyC. A diferencia de la incapacidad de derecho, que siempre es relativa, las incapacidades de ejercicio pueden ser absolutas o relativas.

A continuación, enunciaremos distintos casos de incapacidades de ejercicio.

El art.54 C.C. disponía que tenían incapacidad de hecho absoluta las personas por nacer, los menores impúberes (que no tuvieran 14 años cumplidos), los dementes declarados tales en juicio y los sordomudos que no supieran darse a entender por escrito (debían ser sometidos a un juicio, similar al de insania, en el que se declaraba su incapacidad absoluta).

Conforme al art. 55 C.C., tenían incapacidad de hecho relativa los menores adultos (con 14 años cumplidos, que aún no hubieren cumplido los 18).

También existían incapacidades de hecho relativas derivadas de la inhabilitación judicial de personas que, por embriaguez habitual o uso de estupefacientes, estuvieran expuestas a otorgar actos perjudiciales para su persona o intereses. Tal inhabilitación podía darse también respecto de personas disminuidas en sus facultades mentales (sin llegar al estado de demencia), y de aquellas

que por su prodigalidad en actos de administración y disposición de bienes (p.ej. jugadores o compradores compulsivos) expusieren a su familia a la zozobra patrimonial (art.152 bis C.C.).

El art.24 CCyC dispone que son incapaces de ejercicio:

- a) las personas por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente; y
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

Los menores.

El art.25 CCyC denomina menor de edad a la persona que no ha cumplido dieciocho años y adolescente al menor que cumplió trece años.

De esta forma quedan sin efecto las denominaciones, contenidas en los arts.126 y 127 C.C., de menores impúberes y de menores adultos.

En distintas partes el CCyC se refiere a los menores como niños/as y adolescentes (arts. 109, 114, 583, 589, 590, 716, 2640, etc.), por lo tanto, las denominaciones que corresponden son la de niño/a desde el nacimiento hasta los doce años inclusive y de adolescente desde los 13 años hasta los 17 años, ambos inclusive.

El art.26 CCyC dispone que “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

El fundamento de la disposición debe buscarse en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 (especialmente, arts.19 y 27) que consagran el principio de capacidad progresiva para el ejercicio de los derechos, en consonancia con el creciente grado de madurez de los adolescentes para decidir sobre cuestiones relativas a sus intereses y a sus propias personas.

Ahora bien, de acuerdo con el 2° párrafo del artículo transcrito, ¿cuáles son los actos que el ordenamiento jurídico posibilita a los menores a ejercer por sí, a condición de haber alcanzado cierta edad y el grado de madurez suficiente? Expondremos a continuación algunos de esos actos.

1. En el discernimiento de la tutela (acto por el cual se coloca al tutor en posesión del cargo), el niño/a o adolescente debe ser oído previamente por el juez y éste debe tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez (art.113 CCyC).
2. El hijo matrimonial que lleva el apellido de uno de sus padres, con edad y madurez suficiente se puede agregar el apellido del otro (art.64 CCyC).
3. El hijo mayor de dieciséis años puede ejercer empleo, profesión o industria, dado que la autorización de sus progenitores se presume (art.683 CCyC).
4. El menor tiene la administración de los bienes que hubiere adquirido con su empleo, profesión o industria (art.686 inc. a CCyC).
5. El hijo con grado de madurez suficiente, con asistencia letrada, puede demandar al progenitor que falta a la prestación de alimentos (art.661 inc. b CCyC).
6. El hijo adolescente, sin autorización de sus padres, puede estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, y también reconocer hijos (art. 680 CCyC).
7. Los hijos menores pueden celebrar por sí contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana. La autorización de los padres se presume (art.684).
8. Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud (art.644 CCyC).
9. La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y

disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella (art.30 CCyC).

Para contraer matrimonio se exige ser mayor de edad, es decir, haber cumplido dieciocho años (art.403 inc. f CCyC). Ello, no obstante, el art.404 CCyC establece que el menor de edad que no hubiere cumplido 16 años de edad, podrá contraerlo, con dispensa judicial previa y el que tuviere dieciséis años cumplidos podrá hacerlo con autorización de sus representantes legales o, a falta de ésta, mediante dispensa judicial.

La celebración del matrimonio antes de los dieciocho años emancipa a la persona menor de edad. La persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio, con algunas limitaciones que el propio Código prevé (art.27 CCyC).

La emancipación es irrevocable. La nulidad del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, excepto respecto del cónyuge de mala fe (quien conocía el vicio que afectaba el acto), para quien cesa a partir del día en que la sentencia pase en autoridad de cosa juzgada (la sentencia queda firme porque a su respecto no caben más recursos).

Es importante destacar que la circunstancia de que el emancipado por matrimonio goce de plena capacidad de ejercicio no implica que por esa circunstancia haya alcanzado la mayoría de edad. Tanto es así que, en su último párrafo el art.27 CCyC deja en claro que “si algo es debido a la persona menor de edad con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad”.

El art.28 CCyC dispone que la persona emancipada no puede, ni con autorización judicial:

a) aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito.

Si el menor emancipado hubiere estado sometido a tutela, no podrá, hasta alcanzar la mayoría de edad, aprobar la rendición de cuentas que le efectúe su tutor.

b) hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito.

Esta prohibición es difícil de controlar respecto de los bienes comunes cuya transferencia sólo exige tradición manual. En cambio, es sencillo el control cuando se trate de bienes registrables (aquellos para cuya transferencia la ley exige su inscripción en un registro de la propiedad).

c) afianzar obligaciones (ser fiadores o garantes de obligaciones de terceros).

Los actos otorgados en contravención a las prohibiciones contenidas en el art.28 CCyC se hallan afectados de nulidad relativa, es decir, que esta sanción civil se impone en interés del emancipado (art.386 CCyC). Ello así, el acto llevado a cabo en infracción a la prohibición es susceptible de ser

confirmado por el emancipado luego de desaparecida la causal de nulidad (art.393 CCyC). En el caso, podría ser confirmado cuando el emancipado alcanzare la mayoría de edad.

El emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos a título gratuito. La autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente (art.29 CCyC).

El caso se refiere a la disposición a título oneroso de un bien recibido a título gratuito. La solución legal es acertada por cuanto será el juez quien merituará la necesidad de venta alegada por el emancipado o la ventaja evidente de la operación.

Restricciones a la capacidad de ejercicio.

Ya hemos mencionado que el Código Civil incluía entre los incapaces de hecho absolutos a los dementes declarados tales en juicio y asimilaba a esa situación de discapacidad mental a los sordomudos que no sabían darse a entender por escrito (art.140 a 158 C.C.). También preveía supuestos de incapacidad de hecho relativa en el art.152 bis (embriaguez habitual, uso de estupefacientes, disminuidos en sus facultades mentales y pródigos).

El CCyC ha innovado en forma trascendente, siguiendo en la materia los lineamientos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por Ley N°26.378) y de la Ley Nacional de Salud Mental N°26.657.

El art. 31 CCyC establece las reglas generales relativas a las restricciones a la capacidad de ejercicio:

- a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;
- c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;

f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

El art.32 CCyC habilita al juez a restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios (personas de conocimiento directo o relacionadas afectivamente con aquel a quien se restringe la capacidad), especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

En el régimen del C.C. la regulación del juicio de insania (arts.141 a 152) y los procesos que se le asimilaban (inhabilitaciones del art.152 bis C.C.) adherían al denominado modelo rehabilitador (las causas de la discapacidad eran científicas y las medidas que adoptaba el juez se sustentaban exclusivamente en la decisión de profesionales de la salud). Mediante el instituto de la curatela se sustituía al incapaz en la toma de decisiones.

El CCyC asume que la mayoría de las discapacidades reconocen un origen social. Prevé un sistema de apoyos que, a diferencia de la representación legal que ejerce el curador, complementan la voluntad de la persona restringida en su capacidad. No se trata de excluir la voluntad de la persona, sino de favorecerla.

El último párrafo del art.32 CCyC deja en claro que sólo por excepción procede la declaración de la incapacidad de la persona y la designación de un curador.

De acuerdo al art.33 CCyC, están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida:

- a) el propio interesado;
- b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado;
- c) los parientes por consanguinidad dentro del cuarto grado y los parientes por afinidad dentro del segundo grado;

d) el Ministerio Público (se trata de un órgano público, independiente, con autonomía funcional respecto de los tres poderes del Estado, cuya organización y atribuciones se encuentran previstas en la Ley N° 24.946. Está compuesto por el Ministerio Público Fiscal –Procurador General de la Nación y fiscales dependientes- y el Ministerio Público de la Defensa –Defensor General de la Nación, defensores oficiales, curadores y tutores públicos-).

Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso (art.34 CCyC).

El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlos personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél.

La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos:

- a) diagnóstico y pronóstico;
- b) época en que la situación se manifestó;
- c) recursos personales, familiares y sociales existentes;
- d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario (art.37 CCyC).

De acuerdo al art.5° de la Constitución Nacional es facultad de las Provincias organizar la administración de justicia en sus territorios. Paralelamente, también les cabe el dictado de los códigos de procedimientos. Ahora bien, en su última parte el art.37 CCyC destaca que para dictar sentencia en los procesos que nos ocupan resulta imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario; por esa razón, aunque los códigos procesales provinciales actualmente no prevean este recaudo en forma expresa en el trámite de los juicios orientados a restringir la capacidad de las personas, igualmente deberán cumplir el requerimiento legal.

La ley N°26.657 de Salud Mental, en su art.8, a modo orientativo, establece: “Debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes”.

La sentencia que se dicte debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que quedan limitados, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Paralelamente, se debe designar una o más personas de apoyo o curadores, según la gravedad del caso (ver última parte del art. 32 CCyC), y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción contenidas en la sentencia. Se deberá indicar, además, la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación (p.ej.: si la sentencia se inclina por un régimen de apoyos, deberá especificar cuál es la persona que debe intervenir para prestar conformidad a un determinado acto y la forma en que debe hacerlo) (conf. art.38 CCyC).

La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento de la persona restringida en su capacidad. Esta forma de publicidad apunta a salvaguardar el interés de los terceros que pudieran contratar con la persona objeto de la medida judicial.

Los actos celebrados por la persona restringida en su capacidad producirán efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción de la sentencia en el registro (conf.art.39 CCyC)

El interesado, en cualquier momento puede pedir la revisión de la sentencia declarativa de su restricción. La sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, a contar de la solicitud, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial del caso (conf. art.40 CCyC).

La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial (por ejemplo, la Ley de Salud Mental N°26.657, en sus arts.14 a 29, establece el régimen a que deben sujetarse las internaciones) y las reglas generales siguientes:

- a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;
- b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;
- c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;
- d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;

e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión (conf. art.41 CCyC)

Si bien quienes normalmente disponen las internaciones son los equipos de salud que evalúan los casos, excepcionalmente se admite que la autoridad pública (funcionarios públicos en cumplimiento de sus funciones, policía) pueda disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial (arts.14 a 29 Ley de Salud Mental N°26.657 y su reglamentación). Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato (conf. art. 42 CCyC).

Las disposiciones referidas a la internación, dado su carácter escueto, deben ser vistas como un standard mínimo a cumplirse. Luego, las distintas jurisdicciones, por aplicación de la Ley de Salud Mental, de su decreto reglamentario N°603/2013, o de las normas locales, podrán exigir mayores requisitos, siempre con vistas a la mayor protección de la persona en situación de internación.

Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad.

El art.43 CCyC establece: “Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

En el punto precedente, al analizar el texto del art.32 CCyC, dijimos que el sistema de apoyos es una novedad legislativa que se orienta a complementar la voluntad de la persona restringida en su capacidad y no a sustituirla. En tal inteligencia, el apoyo brindado por personas de conocimiento de aquella o vinculadas afectivamente a ella, se estima como una medida dignificante de la persona

restringida en su capacidad. La intensidad de los apoyos variará con la gravedad o complejidad del caso (así, por ejemplo, una persona restringida en su capacidad de ejercicio, podrá necesitar como apoyo únicamente un acompañante terapéutico y otra persona que lo asista con su conformidad previa, en los actos de disposición de bienes).

Estado: concepto.

El estado como atributo es la posición jurídica que una persona ocupa en sociedad, de la cual se deriva un conjunto de derechos y obligaciones.

En nuestro orden, por sus importantes consecuencias en el plano jurídico, sólo alcanza relevancia el estado de familia. De ahí que -a nuestro entender- no corresponda dar otra significación al estado como atributo de la personalidad. Así, entonces, se podrá tener el estado de hijo, de padre, de soltero, viudo, casado o divorciado, etc.

Posesión de estado.

Se dice que hay posesión de estado de familia cuando una persona ocupa una determinada posición en la misma, disfruta de las prerrogativas y asume los deberes que de esa situación se derivan.

A criterio de los glosadores (intérpretes y comentaristas del Derecho Romano que se destacaron en los siglos XII y XIII), tres eran los elementos integrantes de la posesión de estado: "nomen", "tractatus" y "fama".

Nomen, suponía la utilización del apellido de la familia por quien reclamaba el título de estado.

Tractatus, significaba que esa persona recibiera el tratamiento de la posición que reclamaba (hijo, esposa, padre, etc.).

Fama, que existiera un reconocimiento por la sociedad o la familia de la posición ocupada; es decir, que trascendiera el mero trato íntimo, por lo general, desconocido.

La jurisprudencia, en general, ha sido menos exigente y ha hecho lugar, por ejemplo, a acciones de reclamación de estado de hijo extramatrimonial, luego de la muerte del progenitor, basándose en el trato público de padre e hijo que ambos se dispensaban, en concordancia con lo que disponía el art. 325 del Código de Vélez ("los hijos naturales tienen acción para pedir ser reconocidos por el padre

o la madre, o para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigación de la paternidad o maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos, y que concurran a demostrar la filiación natural. No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de sus padres”).

Prueba de estado.

Antes del Código Civil, la prueba del estado de las personas estaba constituida por los asientos en los registros parroquiales.

El Código Civil, en el art. 80, preveía la creación de registros públicos en el ámbito de las municipalidades, aunque reconociendo validez a las constancias existentes en los libros parroquiales.

En 1886 ya se había organizado el Registro Civil para la Capital y territorios nacionales y muchas provincias siguieron este modelo para organizarlos en sus respectivos ámbitos.

En el año 1963 se dictó el Decreto Ley 8204, creándose el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a ser organizado por los gobiernos locales, pero unificando a nivel nacional las normas relativas a asientos y forma de las inscripciones.

Actualmente, la actividad de los Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas (de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) está regida por la Ley 26.413.

Las partidas y su valor probatorio

Se denominan partidas a los asientos volcados en los libros del Registro Civil y a las copias de tales asientos, extraídas con las formalidades de ley que las doten de autenticidad.

El art. 979 del C.C., en su inc. 10, calificaba de instrumentos públicos a "... los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, o en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros o registros".

Las demás partidas (nacimiento, defunción) también quedaban comprendidas en el concepto de instrumentos públicos, al ser extendidas por funcionarios públicos en la forma determinada por las leyes (art. 979 inc. 2 CC).

El art.289 inc.) CCyC simplifica la redacción: "Son instrumentos públicos: ...b) los instrumentos que extienden...los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes; ...".

El instrumento público hace plena fe en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal (art.296 inc. a CCyC).

Es importante destacar que las manifestaciones hechas por los interesados, que también se consignan en el asiento (p. ej. que el padre que concurre a inscribir el nacimiento de su hijo refiera que éste tiene calidad de hijo matrimonial) pueden ser validamente atacadas por simple prueba en contrario.

El art.23 de la Ley 26.413 establece que los testimonios, copias, certificados, libretas de familia o cualesquiera otros documentos expedidos por la dirección general del registro y/o sus dependencias, que correspondan a inscripciones registradas en sus libros o en las copias a que se refiere el artículo 5º y que lleven la firma del oficial público y sello de la oficina respectiva, son instrumentos públicos y crean la presunción legal de la verdad de su contenido.

Las partidas, como todo instrumento público, pueden ser declaradas nulas por tres causales básicas:

- a) ausencia de capacidad del oficial público otorgante del acto;
- b) carencia de competencia, por materia o territorio, del oficial interviniente (arts.292 y 293 CCyC);
- y
- c) por la no observancia de las formalidades prescriptas por la ley para el otorgamiento del acto (art.290 CCyC).

Es criterio general en la materia que, cuando el vicio de forma que afecte el acto resulte subsanable, no procederá la nulidad; ello, con vistas a evitar el perjuicio que una medida de tal magnitud acarrearía a las partes interesadas, quienes a partir de ese momento quedarían imposibilitadas de probar los hechos o actos respecto de los cuales esas partidas hacían plena fe.

Patrimonio: concepto.

El art.2312 C.C. establecía: “El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio”.

El patrimonio debe ser concebido como una masa de bienes que constituye una entidad abstracta, es decir, independiente de los elementos que la componen. Tales elementos (derechos reales, títulos públicos, acciones, patentes industriales, mobiliario, etc.) pueden cambiar o disminuir sin que se altere el conjunto como tal.

Ahora bien, el concepto de patrimonio sólo es completo si se consideran a las deudas que lo gravan como partes integrantes de aquél.

Cuando el Código en su definición hacía referencia únicamente a los bienes, no lo hacía con el objeto de excluir del concepto de patrimonio a las deudas que pesaban sobre la persona.

Salvat, saliendo al cruce de las críticas que había merecido la definición de patrimonio incluida en el art.2312 C.C., explicaba que la palabra bienes tenía en el artículo un alcance limitado a los bienes que quedan una vez deducidas las cargas que pesan sobre el patrimonio. Es más, circunstancialmente, el patrimonio puede ser negativo, lo que se da en el supuesto de que las deudas que lo gravan superen a los bienes del titular; aun en este caso extremo, el concepto de patrimonio no se diluye ni extingue.

A esta altura, resulta ocioso discutir si el patrimonio está integrado únicamente con bienes y existen deudas por fuera de él que lo gravan o si, por el contrario, bienes y deudas son parte del patrimonio, cuando la realidad de la vida diaria nos demuestra que las cargas, deudas y gravámenes están cada vez más indisolublemente ligadas a la existencia y mantenimiento de los bienes. Compramos con tarjeta de crédito en varias cuotas, hipotecamos el inmueble que adquirimos o decidimos refaccionar, prendamos el automóvil nuevo, somos deudores de servicios públicos, tasas municipales y de servicio de agua corriente domiciliaria, expensas comunes si habitamos en un departamento bajo el régimen de propiedad horizontal, impuestos por las ganancias obtenidas en el año y por el incremento de bienes personales, etc. En fin, resulta una tarea ímproba imaginarnos un patrimonio esencialmente puro y despojado de deudas, justamente porque las deudas están ahí, integrándolo.

Para culminar, y siempre con referencia a la discusión de si las deudas son o no parte integrante del patrimonio de las personas, cabe resaltar que lo que puede generar algún tipo de duda con respecto a las personas físicas, surge meridianamente claro cuando la situación se analiza desde el punto de vista de las personas jurídicas. Allí no caben dudas de que el patrimonio, como atributo de la personalidad, está integrado tanto por bienes como por deudas.

El CCyC no contiene una norma equivalente al art.2312 C.C.; por tal razón, hemos desarrollado el concepto de patrimonio a partir de dicha disposición y de la doctrina que se ha formado en torno a ella.

El patrimonio como universalidad de derecho.

El patrimonio es una universalidad de bienes, o sea, una pluralidad de bienes a los que es posible tratar unitariamente, como un todo.

Cuando la conformación de esa universalidad depende de la voluntad del propietario de los bienes, que es quien ha dispuesto los elementos integrantes (una biblioteca, un rebaño de ovejas, las mercaderías guardadas en un depósito, un fondo de comercio, etc.), la universalidad es de hecho.

Si, en cambio, la conexión de los elementos particulares no depende de la voluntad del propietario, sino de la determinación de la ley (p.ej.: los bienes que deja una persona a su fallecimiento), la universalidad es de derecho o jurídica.

El patrimonio como atributo de la personalidad, entonces, constituye una universalidad de derecho.

Contenido del patrimonio.

El patrimonio está compuesto por:

a) Derechos personales o creditorios:

Están referidos a la facultad que le cabe a una persona (acreedor) de exigir a otra (deudor) el cumplimiento a su respecto de una determinada prestación (p. ej.: el comprador que ha pagado el precio tiene el derecho de exigir del vendedor la entrega de la cosa adquirida). Se denominan derechos personales porque el obligado es una persona.

b) Derechos reales:

Son aquellos que confieren a su titular un poder o señorío inmediato sobre una cosa, de modo tal de poder usarla, servirse de ella, beneficiarse con sus frutos, etc. Tales atribuciones son plenas en el derecho de dominio y más limitadas en los otros derechos reales: servidumbre, usufructo, uso, etc.

Los derechos reales sólo pueden ser creados por ley (art.1884 CCyC), por tanto, la enumeración que de ellos hace el art.1887 CCyC tiene carácter taxativo (se sigue en esta materia el principio de número cerrado contenido en el art.2503 C.C.).

Como particularidad destacable, cabe decir que los derechos reales atribuyen a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentre y de hacer valer su preferencia con respecto a

todo otro derecho real que pueda haberse constituido con posterioridad sobre la misma cosa (conf. art.1886 CCyC).

c) Derechos intelectuales:

Se denominan así a los que tiene el autor de una determinada obra, de carácter artístico, literario, musical, científica, para explotarla comercialmente y, en su caso, disponer de ella, autorizando su publicación, su usufructo o transfiriéndola a terceros. También son derechos intelectuales los que les corresponden a los inventores sobre sus creaciones.

En nuestro país es la Dirección Nacional del Derecho de Autor donde se registran obras literarias, científicas, musicales, etc.; en tanto que el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial lleva los registros de Marcas, Patentes, Modelos y Diseños Industriales.

d) Las deudas:

Según ya lo hemos señalado, las deudas de la persona integran su patrimonio, pudiendo darse el caso de un patrimonio de signo negativo cuando las deudas sean superiores a los activos.

El patrimonio como prenda común de los acreedores.

Se dice que el patrimonio es prenda común de los acreedores, para significar que los bienes que lo integran se hallan afectados al cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre la persona.

Si bien en el C.C. no existía disposición alguna que consagrara este principio, la regla se derivaba en forma clara de distintos artículos.

El CCyC, en cambio, ha consagrado expresamente el principio. El art.242 establece: “Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran”.

Ejecución individual y ejecución colectiva.

Por lo común, el modo de hacer efectiva la garantía de que hablamos es a través de la ejecución judicial del crédito, que permite al acreedor individual obtener el embargo de los bienes del deudor y cobrarse con el producido de su venta en pública subasta.

Sin embargo, cuando el deudor se encuentra en cesación de pagos (estado de insuficiencia patrimonial proyectado en el tiempo), la ley prevé un procedimiento de ejecución colectiva denominado concurso (preventivo o liquidativo), que posibilita, bien la recuperación patrimonial del deudor mediante un acuerdo con los acreedores que brinde facilidades de pago, o bien la venta de los activos y la cancelación de las deudas abonando a prorrata (proporcionalmente) a los distintos acreedores que hubieren presentado sus créditos a verificar en el procedimiento concursal (quiebra).

La ejecución colectiva está regulada por la Ley de Concursos y Quiebras, N°24.522, modificada por Ley N°26.684.

El art.243 CCyC establece: “Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio”.

La limitación contenida en el CCyC tiene que ver con la necesidad de privilegiar el interés general por sobre el de los particulares.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse, declarando su inembargabilidad, en diversos casos en que aparecían en riesgo bienes de las Municipalidades afectados a servicios públicos.

Bienes excluidos de la garantía común

Existen diferentes normas que declaran la inembargabilidad de ciertos bienes:

a. El art.219 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCC) dispone: “No se trabará nunca embargo:

1º) En el lecho cotidiano del deudor, de su mujer e hijos, en las ropas y muebles de su indispensable uso, ni en los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza.

2º) Sobre los sepulcros, salvo que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales.

3º) En los demás bienes exceptuados de embargo por ley.

Ningún otro bien quedará exceptuado”.

b. El art.539 CCyC dispone que el derecho a reclamar o percibir alimentos no puede ser objeto de gravamen o embargo alguno.

c. Las prestaciones que se acuerden por el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones son inembargables, con la salvedad de las cuotas por alimentos y litisexpensas (art.14 Ley 24.241).

d. El salario mínimo vital (que se actualiza periódicamente por el Consejo del Salario) es inembargable en la proporción que establezca la reglamentación, salvo por deudas alimentarias (art.120 de la Ley de Contrato de Trabajo N°20.744 (remuneraciones inferiores al doble del salario mínimo vital mensual, son embargables hasta el 10% del importe que excediere a dicho salario base; remuneraciones superiores al doble del salario mínimo vital mensual, son embargables hasta el 20% que excediere del salario base, conf. Decreto 484/87).

e. El inmueble sometido al régimen de bien de familia, a no ser por deudas anteriores a su constitución. También puede ser embargado por deudas posteriores correspondientes a impuestos, tasas y contribuciones y expensas comunes (art.249 CCyC).

Las indemnizaciones por accidentes de trabajo (art.13 inc.2 Ley N° 24.028).

Fin de la existencia de las personas: la muerte y su prueba.

La existencia de la persona humana termina por su muerte (art.93).

La muerte del ser humano es un hecho jurídico, esto es, un acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (conf. art.257 CCyC). Así, por ejemplo, si la persona fallecida es casada, la muerte disuelve el vínculo matrimonial; si había tomado un seguro de vida, la muerte (salvo el caso suicidio) genera a la aseguradora la obligación de indemnizar al beneficiario; entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, aunque ignore esta circunstancia y también desconozca sus derechos a la herencia (conf. art.2337 CCyC), etc.

El art.94 CCyC atribuye a la ciencia médica y a sus estándares, en evolución constante, la comprobación de la muerte de la persona.

Conmoriencia

El art.95 CCyC establece: “Se presume que mueren al mismo tiempo las personas que perecen en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, si no puede determinarse lo contrario”. La norma adquiere importancia en los casos en que en un desastre común fallecen personas con vocación hereditaria recíproca. De no existir esta norma, si en un accidente fallecieran, por ejemplo, el padre y su hijo, casado pero sin descendencia, y se determinara que el padre fue quien murió primero, entonces la viuda del hijo lo heredaría, porque los bienes habrían pasado por sucesión al hijo y por nueva sucesión a ella. No heredaría, en cambio, si se probara que el hijo fue quien falleció antes.

La disposición del art.95 CCivCom evita estas sucesiones y soluciona un punto realmente difícil en materia de prueba.

La muerte presunta.

Ausencia simple

El art.79 CCyC establece que “si una persona ha desaparecido de su domicilio, sin tenerse noticias de ella, y sin haber dejado apoderado, puede designarse un curador a sus bienes si el cuidado de éstos lo exige. La misma regla se debe aplicar si existe apoderado, pero sus poderes son insuficientes o no desempeña convenientemente el mandato”.

Tradicionalmente, se exigen tres requisitos para la procedencia de la declaración judicial de la ausencia simple: la desaparición de la persona, la existencia de bienes en peligro y la inexistencia de persona autorizada para actuar en nombre del ausente.

Entre los legitimados para pedir la declaración de ausencia, el art.80 refiere al Ministerio Público y toda persona que tenga interés legítimo respecto de los bienes del ausente.

La Ley Orgánica del Ministerio Público N°24.946, en correspondencia con lo establecido en el art.120 de la Constitución Nacional, prevé una dirección bifronte del Ministerio Público de la Nación: el Ministerio Público Fiscal, integrado por el Procurador General de la Nación y los fiscales que de él dependen, y el Ministerio Público de la Defensa, integrado por el Defensor General de la Nación y los defensores, tutores y curadores públicos, dependientes.

Las alusiones que se hacen en el articulado del CCyC al Ministerio Público, tanto en la regulación de las incapacidades, como en materia de ausencia, se refieren al Ministerio Público de la Defensa. Es conveniente aclarar que si bien el CCyC es una ley de fondo que se aplica en todo el país, cada

Provincia, al igual que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tienen la facultad de organizar el Ministerio Público de manera diversa, atento que la organización de la Justicia es una facultad no delegada por las Provincias en el Gobierno Federal (arts.5 y 129 de la Constitución Nacional).

De acuerdo al art.80 CCyC, está también legitimada para solicitar la declaración de ausencia, "...toda persona que tenga interés legítimo respecto de los bienes del ausente". Quien en definitiva va a decidir quién tiene interés legítimo es el juez interviniente, toda vez que las posibilidades pueden ser muy variadas.

No hay dudas de que los herederos forzosos –denominados "legitimarios" en el CCyC- (descendientes, cónyuge y ascendientes) tienen interés legítimo, pero también puede tenerlo el heredero testamentario cuando el ausente carece de herederos forzosos, o un pariente colateral, cuando no existan herederos forzosos y se desconozca si el ausente ha testado. El Código, al optar por una fórmula amplia y no casuista, ha dado una buena solución al punto.

Es competente para entender en los casos de ausencia simple el juez del domicilio del ausente. Si éste no lo tuvo en el país, o no es conocido, es competente el juez del lugar en donde existan bienes cuyo cuidado es necesario; y si existen bienes en distintas jurisdicciones, el juez que haya prevenido (art.81 CCyC).

El presunto ausente debe ser citado por edictos durante cinco días, y si vencido el plazo no comparece, se debe dar intervención al defensor oficial o en su defecto, nombrarse defensor al ausente. El Ministerio Público es parte necesaria en el juicio.

Si antes de la declaración de ausencia se promueven acciones contra el ausente, debe representarlo el defensor.

En caso de urgencia, el juez puede designar un administrador provisional o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejan (art.82 CCyC).

Cumplido el procedimiento mencionado y oído el defensor (el Ministerio Público es parte necesaria en el juicio), el juez debe declarar la ausencia y nombrar curador al ausente (art.83).

Las personas que pueden ser designadas curadores del ausente están mencionadas en el art.139 CU (cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos del ausente, según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica).

El curador debe limitar su accionar a la realización de los actos de conservación y administración ordinaria de los bienes. Los actos extraordinarios de administración deben contar con la correspondiente autorización judicial, previa vista al defensor oficial.

Si bien el último párrafo del art.83 refiere que los frutos de los bienes administrados deben ser utilizados para el sostenimiento de los descendientes, cónyuge, conviviente y ascendientes del ausente, la realidad es que en muchos casos esos frutos pueden ser insuficientes y el sostenimiento de aquéllos exigir la venta de un bien, que es un acto de disposición. En tal supuesto, también debe requerirse la correspondiente autorización judicial. El juez, antes de decidir, debe correr vista al defensor oficial.

La curatela del ausente cesa por la presentación del ausente, personalmente o por apoderado, su muerte o por su fallecimiento presunto (art.84). La reaparición del ausente determina que, en forma inmediata, asuma plenamente la administración de sus bienes, lo que es lógico, en la medida que no se trata de un caso de incapacidad.

Ausencia con presunción de fallecimiento

El art.85 CCyC prevé el caso ordinario, en los siguientes términos: “La ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento aunque haya dejado apoderado. El plazo debe contarse desde la fecha de la última noticia del ausente”.

Si bien Vélez había previsto en el Código la ausencia con presunción de fallecimiento, fue recién con el dictado de la Ley 14.394 cuando el instituto tuvo una regulación integral que previera las diversas circunstancias en que puede generarse la desaparición de una persona y los efectos que pueden derivarse. El CCyC en esta materia ha seguido los lineamientos de los arts.22 a 32 de la Ley 14.394.

Casos

Mientras, como dijimos, el art.85 CCyC prevé el “caso ordinario” de ausencia con presunción de fallecimiento, el art.86 regula los casos extraordinarios: “Se presume también el fallecimiento de un ausente:

a) si por última vez se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido;

b) si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.

Los arts. 85 y 86 CCyC prevén tres situaciones distintas, redactadas en términos genéricos, que posibilitan dar solución a todos los casos que puedan presentarse.

Al referirnos a la ausencia simple hemos visto que, aún antes de que transcurran los plazos establecidos en los arts. 85 y 86, para el inicio de actuaciones orientadas a declarar la muerte presunta del ausente, existe la posibilidad de adoptar algunas medidas en protección de los bienes del ausente. La declaración de muerte presunta, entonces, supone un estadio posterior.

Legitimados para accionar

Cualquiera que tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate, puede pedir la declaración de fallecimiento presunto, justificando los extremos legales y la realización de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente. Es competente el juez del domicilio del ausente (art.87 CCyC)

El CCyC ha adoptado una fórmula amplia para determinar quiénes se encuentran legitimados para promover la declaración de muerte presunta. Claramente, quienes revestirían el carácter de herederos forzosos (herederos legitimarios en la nueva denominación que les da el CCyC), quien haya sido incluido en un testamento como heredero, a falta de herederos forzosos, o los legatarios de cuota o de bienes particulares, existan o no herederos forzosos, en la medida que el testamento otorgado por el ausente puede estar referido a bienes que integran su porción disponible de la herencia. También puede promover la acción judicial, por ejemplo, el cónyuge del ausente, separado o divorciado, que no tuviere la tenencia del hijo o hijos menores del matrimonio.

Son distintas las situaciones que pueden darse, atento que el texto legal legitima el ejercicio de la acción a quien “tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate” y no solamente a aquellos cuyo interés esté limitado a los bienes.

El artículo comentado no menciona al Ministerio Público, sin embargo, también podría hallarse legitimado para pedir la declaración de muerte presunta, tanto porque el Estado tiene derechos sucesorios sobre las herencias vacantes (Ministerio Público Fiscal), como por la acción que podrían intentar los defensores de menores e incapaces (Ministerio Público de la Defensa) en representación de los intereses que a estos últimos pudieren corresponder en su calidad de sucesores del ausente.

De acuerdo al art.88 CCyC, el juez debe nombrar defensor al ausente o dar intervención al defensor oficial, y citar a aquél por edictos una vez por mes durante seis meses. También debe designar un curador a sus bienes, si no hay mandatario con poderes suficientes, o si por cualquier causa aquél no desempeña correctamente el mandato.

La declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni suple la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente.

Quienes promuevan la acción de declaración de muerte presunta deben acreditar las medidas llevadas a cabo para ubicar o encontrar al ausente.

Dado que la declaración de ausencia simple no constituye un requisito previo, se deberá acreditar el pedido de paradero efectuado ante la autoridad policial, aportar testigos que depongan acerca de la última vez que estuvieron o vieron al ausente y las circunstancias, constancias expedidas por las empresas de transporte marítimo o aéreo acerca de la nómina de la tripulantes y pasajeros del buque o la aeronave siniestrada, artículos periodísticos relativos al desastre natural o al siniestro donde probablemente haya estado el ausente, datos sobre la adquisición por el ausente del pasaje a determinado lugar en el que se produjo el accidente o donde ocurrió el siniestro, etc.

Declaración del fallecimiento

Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez debe declarar el fallecimiento presunto si están acreditados los extremos legales, fijar el día presuntivo del fallecimiento y disponer la inscripción de la sentencia (art.89).

Si bien la sentencia, luego de su inscripción, cumple efectos respecto de todos los interesados (los habilita a promover el juicio sucesorio del ausente presuntamente muerto, habilita al cónyuge a contraer nuevo matrimonio, etc.) no hace cosa juzgada, en la medida que cualquier prueba posterior que acredite que el ausente se encuentra vivo o que con posterioridad a la fecha presuntiva del fallecimiento fijada se encontraba con vida, puede afectar o incluso dejar sin efecto la resolución judicial.

La cosa juzgada es el efecto final e irrevocable de los fallos judiciales.

La sentencia debe inscribirse ante el Registro Nacional de las Personas.

El art.90 CCyC dispone que “debe fijarse como día presuntivo del fallecimiento:

- a) en el caso ordinario, el último día del primer año y medio;
- b) en el primero de los casos extraordinarios, el día del suceso, y si no está determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido;

c) en el segundo caso extraordinario, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdidos;

d) si es posible, la sentencia debe determinar también la hora presuntiva del fallecimiento; en caso contrario, se tiene por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento.

Reviste especial importancia desde el punto de vista jurídico la fijación del día presuntivo de la muerte del ausente. El art.2337 CCyC brinda una idea clara a ese respecto: “Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia...”.

Puede ocurrir que un hijo del ausente haya fallecido antes de la fecha fijada en la sentencia. En ese caso, no lo hereda, salvo que dicho hijo, a su vez, tuviere descendientes, en cuyo caso concurrirán a la herencia del ausente por derecho de representación del padre premuerto.

También puede darse el caso de que el hijo del ausente u otro heredero forzoso haya fallecido el mismo día que la sentencia declaró como fecha presuntiva del fallecimiento del ausente. En ese caso, adquiere importancia la hora del deceso del ausente fijada en la sentencia.

Son muchas las situaciones que pueden ocurrir y los antes referidos son meros ejemplos orientados a ilustrar acerca de la importancia que reviste la fecha presuntiva del fallecimiento – y aun la hora- incluidas en la sentencia.

Efectos con relación a los bienes. Prenotación

Los herederos y los legatarios deben recibir los bienes del declarado presuntamente fallecido, previa formación de inventario. El dominio debe inscribirse en el registro correspondiente con la prenotación del caso; puede hacerse la partición de los bienes, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial.

Si entregados los bienes se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento, procediéndose a la devolución de aquéllos a petición del interesado (art.91 CCyC).

Es importante aclarar que los herederos y sucesores del ausente no son poseedores de los bienes, sino sus propietarios, aun cuando, para efectuar actos de disposición, se les impongan ciertas restricciones.

La prenotación supone una medida orientada al resguardo de los intereses del ausente, en previsión de su posible reaparición.

Aunque el art. 91 CCyC establece que el dominio de los bienes "...debe inscribirse en el registro correspondiente con la prenotación del caso...", la realidad indica que dicha medida restrictiva impuesta a los herederos y sucesores sólo rige respecto de los bienes registrables. Los demás bienes recibidos: mobiliario, enseres, porcelanas, cuadros, alfombras, etc., aun cuando tengan un importante valor económico (quizás mayor que el de un automóvil, que es un bien registrable), pueden disponerse libremente, porque su transferencia no está sujeta a la inscripción en un registro de la propiedad (Registro de la Propiedad Inmueble, Registro de la Propiedad del Automotor, Registro Nacional de Buques, Registro Nacional de Aeronaves, etc.). La prenotación implica una anotación en el legajo del bien registrable de que se trate, que impide venderlo, donarlo o gravarlo hasta que se cumpla un determinado plazo: 5 años contados desde la fecha presuntiva del fallecimiento establecida en la sentencia u 80 años contados desde el nacimiento del ausente; el que sea menor.

El art.92 CCyC dispone: "La prenotación queda sin efecto transcurridos cinco años desde la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona. Desde ese momento puede disponerse libremente de los bienes.

Si el ausente reaparece puede reclamar:

- a) la entrega de los bienes que existen en el estado en que se encuentran;
- b) los adquiridos con el valor de los que faltan;
- c) el precio adeudado de los enajenados;
- d) los frutos no consumidos".

Es importante aclarar que, no obstante la prenotación, si fuere de toda necesidad la venta de un bien registrable para la manutención de descendientes, ascendientes o cónyuge del presuntamente fallecido, el juez, previa vista al defensor del ausente, podrá autorizar el acto de disposición.

Si bien, cesada la prenotación, los herederos y sucesores tienen el pleno dominio de los bienes recibidos, la reaparición del ausente opera como una verdadera condición resolutoria para aquéllos, en la medida que deberán reintegrarle los bienes en el estado en que se encuentren, también los que se hubieren adquirido por venta de los que hubieren pertenecido al ausente, el precio adeudado por quienes hubieren comprado bienes del ausente y los frutos de todos estos bienes que no se hubieran consumido.

La desaparición forzada de personas

El denominado Proceso Militar, que tomó el poder mediante el golpe de Estado del 24 de marzo de 1976 y extendió su accionar hasta la recuperación de la democracia, el 10 de diciembre de 1983, produjo terribles consecuencias a nuestro país.

La desaparición forzada de personas, como obrar sistemático, constituye una de las páginas más oscuras de nuestra historia.

La Ley 14.394 se mostraba insuficiente para dar respuesta adecuada a una situación que no había tenido antecedentes. De ahí, entonces, que se haya dictado la Ley 24.321.

Dicha norma, en su art.1° establece: “Podrá declararse la ausencia por desaparición forzada de toda aquella persona que, hasta el 10 de diciembre de 1983, hubiera desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio o residencia, sin que se tenga noticia de su paradero”.

Se entiende que existió desaparición forzada de personas, cuando se hubiere privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiere sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada, bajo cualquier otra forma, de derecho a la jurisdicción.

La desaparición, dispone el art.2°, deberá ser justificada mediante denuncia ya presentada ante autoridad judicial competente, la ex Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Decreto N°158/83), o la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior o la ex Dirección Nacional de Derechos Humanos.

Están legitimados para solicitar la declaración de ausencia por desaparición forzada, todos aquellos que tuvieren algún interés legítimo subordinado a la persona del ausente. Dicho interés se presume en el caso del cónyuge, ascendientes, descendientes y parientes hasta el 4° grado. Recibida la solicitud de ausencia por desaparición forzada o involuntaria, el juez requerirá al organismo oficial ante el cual se hubiere formulado la denuncia de desaparición, o en su defecto, al juzgado donde se hubiere presentado la acción de habeas corpus, información sobre la veracidad formal del acto y ordenará la publicación de edictos por tres días sucesivos en el periódico de la localidad respectiva o en el Boletín Oficial citando al desaparecido. En caso de urgencia, el juez podrá designar un administrador provisorio o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejen. La publicación en el Boletín oficial será gratuita.

Transcurridos sesenta días corridos desde la última publicación de edictos, y previa vista al defensor de ausentes, quien sólo verificará el cumplimiento de los recaudos exigidos por la ley ya vistos, se procederá a declarar la ausencia por desaparición forzada, fijándose como fecha presuntiva de tal desaparición el día que constaba en la denuncia originaria ante el organismo

oficial competente o en su caso el de la última noticia fehaciente –si la hubiere- sobre el desaparecido (conf. art.6).

Los efectos civiles de la declaración de ausencia por desaparición forzada serán análogos a los prescriptos por la Ley 14.394 para la ausencia con presunción de fallecimiento (ahora, los establecidos en el CU).

En los casos ya declarados de ausencia con presunción de fallecimiento con sentencia inscripta en el Registro Nacional de las Personas o sentencia firme aún pendiente de inscripción, a pedido de parte, podrán ser reconvertidos en “ausencia por desaparición forzada”, probándose solamente que se encuentran cumplidos los recaudos referidos anteriormente relativos a la denuncia de la desaparición (conf. art.10).

UNIDAD TEMÁTICA III: HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

por Marcelo Roitbarg

1. HECHOS JURÍDICOS: CONCEPTO. SIMPLES HECHOS.

El art.257 CCyC establece: “El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

Según veremos seguidamente, los hechos jurídicos pueden ser de la naturaleza o humanos.

El granizo como fenómeno meteorológico es un simple hecho, porque no tiene consecuencias jurídicas; pero si el productor agrícola ha contratado un seguro contra granizo para proteger su cosecha, entonces, ese granizo (fenómeno de la naturaleza) pasará a ser un hecho jurídico, porque hará nacer la obligación de la aseguradora de indemnizar a su asegurado.

A efectos de facilitar la comprensión del concepto, debemos hacer una breve recapitulación, para destacar las diferencias que existen entre relación y situación jurídica.

En el punto 6. de la Unidad I, relativa a la aplicación de la ley con relación al tiempo, bajo el título “El efecto inmediato de la nueva ley”, dijimos que por relación jurídica se entiende el vínculo, voluntario o derivado de la ley, que genera obligaciones y derechos correlativos entre partes. Se trata de un concepto dinámico que se aprecia claramente en los contratos.

La situación jurídica, en cambio, supone un concepto estático ligado a un cierto “status” en que alguien se encuentra, que lo faculta a ejercitar ciertas prerrogativas; así, por ejemplo, los padres tienen el derecho de ejercer la responsabilidad parental (antes denominada patria potestad) respecto de sus hijos menores; el titular de dominio de una cosa (derecho real) tiene la facultad de exigir a toda la sociedad que se abstenga de ejercitar actos que se traduzcan en turbaciones a su derecho. La situación jurídica tiene mayor estabilidad en el tiempo que la relación jurídica.

Clasificación de los hechos jurídicos: de la naturaleza y humanos.

Los primeros son acontecimientos que ocurren sin que tenga participación voluntaria el hombre; así, por ejemplo, la caída de un rayo origina un incendio en una casa que, como estaba asegurada, genera la obligación de la compañía de seguros de pagar la indemnización; la muerte de una persona ocurrida por causas naturales, produce la apertura de su sucesión.

Son hechos jurídicos humanos (actos) aquellos en los que sí tiene intervención el hombre, actuando con voluntad, como es la celebración de un contrato, el otorgamiento de un testamento, el reconocimiento de una deuda.

Lícitos e ilícitos.

Esta clasificación sólo tiene relevancia en el plano de los hechos jurídicos humanos (actos).

Es ilícito el acto contrario a la ley del que se deriva un daño, que resulte imputable al agente (quien llevó a cabo el acto) a título de culpa o dolo.

Por el contrario, son actos lícitos aquellos a cuyo respecto no existe prohibición legal alguna. En este sentido, el art.19 de la Constitución Nacional consagra el denominado “principio de reserva”, según el cual: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Se reconocen como requisitos del acto ilícito los siguientes:

- a) es voluntario;
- b) es contrario al orden jurídico (debe existir una norma que lo prohíba);
- c) debe provocar un daño (perjuicio susceptible de apreciación económica);
- d) debe serle imputable al autor del acto, a título de dolo o culpa.

El dolo supone la intención del agente de causar el daño. La culpa, en cambio, implica un accionar negligente del autor, al no adoptar las medidas necesarias que las circunstancias exigían para evitar el daño (p.ej: accidentes de tránsito).

Los actos ilícitos civiles obrados con culpa se denominan cuasidelitos y aquellos en que el agente actúa con dolo se llaman delitos.

La utilización de la palabra delito, para referirnos a los actos ilícitos civiles en que el agente actúa con dolo, puede generar algún tipo de confusión con los delitos que prevé y sanciona el Derecho Penal.

En materia penal rige el principio de tipicidad, según el cual resulta punible aquel cuya conducta encuadre perfectamente en la figura delictiva prevista y penada, de manera taxativa, por el Código Penal.

En materia civil, en cambio, el delito surge de la mera oposición de la conducta al orden jurídico, pudiendo existir enorme cantidad de ilícitos de este tipo.

En el delito civil la existencia de daño a terceros es ineludible; en el delito criminal puede no haber daño, dado que muchas veces se sancionan situaciones de riesgo o actos preparatorios del delito (tentativa).

La sanción del delito civil es la condena al autor a resarcir el daño; en materia de delitos del derecho criminal, existen penas aplicables a los responsables (reclusión, prisión, inhabilitación, multa).

2. EL ACTO VOLUNTARIO: DISCERNIMIENTO, INTENCIÓN Y LIBERTAD.

El art.260 CCyC dispone que el acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.

Discernimiento supone la capacidad de la persona de comprender la significación y efectos de la acción que emprende.

Es involuntario por falta de discernimiento:

- a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón;
- b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años;
- c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales (art.261).

A diferencia de lo que sucede con los otros dos elementos de la voluntad jurídica que menciona el artículo (intención y libertad), que se ven excluidos cuando son afectados por un vicio, el discernimiento tiene estrecha relación con la capacidad del otorgante del acto.

La intención significa que el sujeto efectivamente ha querido llevar a cabo ese acto. Afectan a la intención el error y el dolo como vicios del consentimiento.

Finalmente, la libertad implica que el sujeto ha decidido practicar el acto por propia iniciativa, sin coacciones. No existe libertad si la voluntad del otorgante del acto ha sido objeto de violencia física o moral.

Diversas formas de manifestación de la voluntad.

En correspondencia con el art.260 “in fine” CCyC, que exige que el acto voluntario se manifieste por un hecho exterior, el art. 262, prevé las distintas formas que esa manifestación puede asumir: “Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material”.

En la última parte del artículo se hace mención al supuesto de manifestación tácita de la voluntad, que es aquella que resulta de la ejecución por el agente de determinada conducta que permite extraer con certidumbre la existencia de la voluntad con el acto de que se trate. Esta manifestación tácita carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa respecto de determinado acto (conf. art 264 CCyC).

El silencio como manifestación de voluntad.

El art.263 CCyC dispone: “El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.

En algunos casos la ley asigna al silencio el carácter de una manifestación de voluntad:

- a. En el supuesto en que haya una obligación de explicarse establecida por la ley (quien fuere citado a juicio a reconocer la firma que se le atribuye, inserta en un documento, y guardare silencio, provocará con su actitud que el instrumento se tenga por reconocido, conforme con el art. 526 del Código Procesal).
- b.En el caso en que haya una obligación de explicarse por las relaciones de familia (si el marido que pretendiere que el hijo nacido durante el matrimonio no le pertenece, guardare silencio durante un año a contar de la inscripción del nacimiento, no podrá en lo sucesivo promover la acción de impugnación de la paternidad. La ley presume que el hijo es suyo; conf. art. 591 CCyC).
- c.En el caso en que haya una obligación de explicarse a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (una persona confiere poder a otra para que, en su nombre, adquiera un bien en una determinada suma de dinero. El mandatario, por un medio fehaciente, notifica a su mandante que el precio de plaza del bien es mayor, y que, no

obstante ello, igualmente realizará la compra. El mandante nada dice. En tal caso el silencio tiene valor de conformidad con la nueva situación).

El acto involuntario y sus consecuencias.

El art. 900 C.C. establecía que los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producirían por sí obligación alguna.

El CCyC no contiene una disposición similar, aunque refrenda los términos del mencionado principio en el art. 1750: “El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el art.1742...”.

Esta última disposición establece “El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho...”.

A veces, el método de resolver cuestiones particulares mediante el reenvío a normas generales no resulta apropiado. Este es uno de los casos.

El art. 1750 CCyC trata de las consecuencias del acto involuntario y refiere que el autor responde por razones de equidad (no responde por la atribución subjetiva del daño causado, a título de dolo o culpa, justamente porque se trata del obrar de alguien que carece de voluntad). Ahora bien, el CCyC, en lugar de solucionar el punto en forma completa, en ese mismo artículo, efectúa un reenvío al art.1742.

Ese art.1742 CCyC está referido a la atenuación de las indemnizaciones en general con sustento en razones de equidad y, por tanto, si se aplica sin más a las consecuencias del acto involuntario, se arriba a la conclusión de que la equidad se refiere exclusivamente a la “atenuación de la indemnización” a pagar y nunca a la “agravación o aumento de la indemnización”.

El art.907, segundo párrafo, del C.C. preveía la situación en los siguientes términos: “Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”.

Con dicho marco legal, si una persona privada de razón, con una sólida posición económica, causaba un daño a otro, no era responsable por los daños y perjuicios derivados de su acto, pero, con fundamento en razones de equidad, el juez podía fijar un resarcimiento en favor de la víctima

que se encontraba en mala situación económica. En cambio, ahora, por aplicación del art.1742 CCyC, dado que el juez sólo está autorizado a atenuar la indemnización, en el ejemplo dado, la equidad no existiría.

3. ACTO JURÍDICO: CONCEPTO.

Dispone el art.259 CCyC “El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

Esta disposición, en líneas generales, sigue los lineamientos del art.944 C.C., aunque, como novedad, prevé la posibilidad de que el acto jurídico también cree, modifique o extinga “situaciones jurídicas”.

Con relación a las diferencias conceptuales existentes entre relación y situación jurídica nos remitimos a lo expuesto al dar tratamiento en la Unidad Temática I, pto.6, a los “Efectos de la ley con relación al tiempo” (derecho transitorio).

El fin inmediato de establecer relaciones jurídicas es el carácter que permite distinguir a los actos jurídicos de los simples actos lícitos. Estos últimos pueden tener ciertas consecuencias en el plano jurídico, pero no han sido buscadas específicamente por el autor al realizar el acto. Se trata de la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (conf. art.258 CU).

Un ejemplo aclarará el punto: una persona decide levantar un cerco perimetral en un terreno lindante con su casa. Desconoce quién es el dueño del terreno abandonado y sólo desea evitar que alguien efectúe un asiento precario de vivienda en el lugar, lo que, seguramente, haría perder valor a su inmueble. Esa acción, sin embargo, constituye un acto posesorio, que podrá beneficiarlo con el transcurso de los años. La falta de presentación a reclamar derechos por parte del titular de dominio del terreno baldío por cierta cantidad de años, sumado a los actos posesorios desarrollados por el primero (simples actos lícitos), podrán sustentar la adquisición del terreno por prescripción adquisitiva (conf. art.1899 CCyC). Queda claro que, al tiempo de levantar el cerco perimetral, el sujeto no tuvo en mira transformarse en dueño del inmueble lindero. Los actos posesorios cumplidos, entonces, tuvieron el carácter de simples actos lícitos.

En cambio, un contrato de compraventa que genera obligaciones y derechos para ambas partes otorgantes es un acto jurídico, porque ese es el fin inmediato que aquéllas persiguieron. Del mismo modo, quien hace su testamento otorga un acto jurídico, porque, como acto voluntario lícito, tiene por fin inmediato, la transmisión de su patrimonio *post mortem*.

Elementos de los actos jurídicos.

Se distinguen elementos esenciales, naturales y accidentales.

Elementos esenciales.

Son elementos esenciales aquellos de cuya existencia depende la del acto jurídico como tal: ellos son el sujeto, el objeto y la causa.

a) El sujeto:

Es el otorgante del acto jurídico, quien debe estar dotado de capacidad a ese efecto. El art.1040 C.C. establecía al respecto: “El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho”.

b) El objeto:

El art.279 CCyC establece: “El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea”.

No se ha alterado mayormente el principio que al respecto estaba contenido en el art. 953 C.C., según el cual “el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero...”. Lo que implica una innovación acertada es haber cambiado la palabra “cosas” por “bienes”, que es más amplia, y comprende tanto derechos como cosas.

El objeto de los actos jurídicos, de acuerdo al nuevo texto, deben ser bienes o hechos. Estos últimos deben ser: material y jurídicamente posibles (p. ej.: no sería aceptable incluir como objeto de un acto jurídico trasladarse al planeta Venus, ni la compra del mar territorial argentino), no deben estar prohibidos por la ley (p.ej: tráfico de personas), no deben resultar contrarios a la moral y buenas costumbres (p.ej: incluir como objeto la prestación de tareas de administrador en una casa de juegos de azar clandestina o el ejercicio de la prostitución bajo la apariencia de una casa de masajes), no ser lesivos de los derechos ajenos (p.ej: alquilar un inmueble a una persona, con total desconocimiento del propietario, mientras este último se encuentra de vacaciones) o lesivos de la dignidad humana (emplear a alguna persona en un taller textil clandestino bajo el sistema de trabajo esclavo). Por último, no puede ser objeto del acto jurídico un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea (p.ej: restos arqueológicos o paleontológicos encontrados al tiempo de demolerse un edificio antiguo y que resultan de interés para el patrimonio cultural de la Ciudad de Buenos Aires).

Si un acto jurídico, afectado en su validez desde el inicio por imposibilidad del objeto, hubiere estado sometido a plazo o a condición suspensiva (caso en que el nacimiento del derecho de que se trate está sometido a la ocurrencia de un acontecimiento futuro e incierto), y en el interregno (antes de que se cumpla el plazo o la condición) el objeto se hace posible, el acto se torna en válido (conf. art.280). Un ejemplo servirá para la comprensión del caso.

Al tiempo de otorgarse el acto, se pactó la venta de un automóvil, a ese momento perteneciente al Estado Nacional y afectado al servicio en un Ministerio. La venta se sometió a plazo, es decir, que se materializaría la transferencia del bien al año de la celebración del contrato. De acuerdo al art.236 inc.e) CCyC, por tratarse del dominio privado del Estado, el objeto del acto resultaba jurídicamente imposible. Sin embargo, antes del año, el Ministerio en cuestión desafecta el bien de su servicio y lo saca a remate. Quien se comprometió a la venta, compra el automóvil en remate. De ese modo, aunque al tiempo de celebrarse el acto el objeto era jurídicamente imposible, luego, antes del cumplimiento del plazo fijado, el objeto se tornó posible, con lo que quedó saneada la invalidez inicial.

c) La causa:

El art.281 CCyC establece: “La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”.

La doctrina ha distinguido dos significados: la causa objetiva, identificada con la finalidad que normalmente persigue el acto jurídico de que se trate (en el contrato de compraventa, por ejemplo, esa finalidad deberá buscarse en la promesa de la transferencia del dominio de una cosa, a cambio de un precio en dinero; en la donación, la causa objetiva estará dada por la intención de beneficiar a alguien sin obtener nada a cambio; en la transacción, dicha finalidad estará representada por la intención de poner fin a obligaciones litigiosas cruzadas mediante concesiones recíprocas); y la causa subjetiva, que es el móvil individual que llevó a cada una de las partes a otorgar el acto y que es tan variable como actos jurídicos se otorguen (en la compraventa, la finalidad de quien compra un departamento más amplio que el que tiene es lograr mayor confort y la del vendedor, obtener fondos para costear un viaje familiar a Europa; en la donación, la finalidad del donante será ayudar a su sobrino a que pueda realizar un posgrado; en la transacción, la finalidad de uno será salvar una amistad que se veía acechada por cuestiones litigiosas y la de la otra parte, dar por finiquitado un problema que le impedía encarar otros negocios).

En los Fundamentos del Anteproyecto de CCyC, se expresa: “así, la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. Cuando se trata de los motivos, se elevan a la categoría de causa aquellos que se hayan incorporado expresa o tácitamente, si son esenciales para ambas partes”.

El art.281 CCyC comprende los dos significados antes referidos.

Aunque la causa no esté expresada en el acto, se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. El acto es válido aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera (art.282 CCyC).

Por último, el art.283 CCyC contiene previsiones relativas a la causa en los denominados “actos abstractos”.

Antes de ver la solución legal, se impone una explicación.

Existen algunos actos jurídicos que, por exigencia de la celeridad de las operaciones económicas, se documentan exclusivamente en un título circulatorio. Así, por ejemplo, una persona presta una

cierta cantidad de dinero a otra, para que se la reintegre a los noventa días, con más sus intereses. Se trata, como se ve, de un contrato de mutuo (préstamo de consumo) dinerario, sin embargo, no se instrumenta como contrato, sino que el deudor firma un pagaré (título circulatorio) mediante el cual se obliga a pagar a quien le prestó el dinero una determinada suma (capital e interés) al vencimiento de cierto plazo.

El pagaré, que está regulado por normas relativas a los títulos de crédito, circula con independencia de la causa que le dio origen. Por esa razón, es un título abstracto.

En el caso dado, la finalidad que el librador del pagaré persigue es reintegrar al vencimiento del plazo pactado la suma de dinero que le fue prestada, con más sus acreencias. Esa causa (el negocio jurídico subyacente), sin embargo, no consta en el pagaré.

Con esta explicación previa, podremos referirnos a la disposición del art.283 CCyC, que establece: “La inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no son discutibles en el acto abstracto mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice”.

Una característica de los títulos de crédito, según ya dijimos, es que circulan con independencia de la causa que les dio origen. Son títulos ejecutivos, es decir, con un trámite judicial muy rápido puede llegarse al embargo y ejecución de los bienes del deudor, sin que éste pueda oponer excepciones nacidas del negocio jurídico subyacente (en el ejemplo dado, el préstamo de dinero).

Podría ser que quien hubiera efectuado el préstamo hubiese acordado que la totalidad de la suma a entregar la completaría en el término de una semana. El deudor, en confianza, firmó el pagaré por el total, con más los intereses, pero el saldo nunca le fue entregado. En el juicio ejecutivo que le promueva el tenedor del pagaré, no podrá argumentar que nunca se le completó el monto total del préstamo, justamente porque el pagaré circula con independencia de la causa que le dio origen y, quizás, quien lo esté ejecutando sea alguien que recibió tal pagaré por vía de endoso y que ni siquiera conoce al prestamista.

El artículo 283 CCyC expresa que, una vez cumplida la obligación nacida de ese acto, que se instrumentó en un título de crédito, el perjudicado (el librador del pagaré que tuvo que pagarlo) podrá promover un juicio contra el prestamista y allí discutir, por ejemplo, la falsedad de la causa del acto jurídico.

En puridad el acto jurídico no es abstracto. El que es abstracto es el título de crédito en el que se instrumentó el citado acto.

Elementos naturales.

Son aquellos impuestos por el ordenamiento jurídico para ciertos actos, en forma supletoria de la voluntad de las partes. Normalmente estos elementos existen en tales actos, pero nada obsta a que las partes los dejen de lado por convención en contrario. Así, por ejemplo, el transmitente de bienes a título oneroso (vendedor en el contrato de compraventa; suministrante en el contrato de suministro; cedente en el contrato de cesión, etc.) está obligado a garantizar al adquirente por los vicios ocultos que pudiera tener el bien transmitido. Esta previsión se denomina garantía por vicios ocultos o redhibitorios y, junto a la garantía por evicción (el transmitente garantiza al adquirente que no existe ninguna persona con mejor derecho sobre el bien transmitido) conforman la denominada obligación de saneamiento y se encuentra prevista en los arts. 1033 y ss. del CCyC.

El art.1036 CCyC establece que la responsabilidad por saneamiento existe aunque no haya sido estipulada por las partes. Éstas pueden aumentarla, disminuirla o aún suprimirla.

Lo normal es que las partes otorgantes del acto nada establezcan a este respecto, con lo cual la obligación de saneamiento cobra virtualidad en caso de que exista un vicio en la cosa transmitida. Pero muchas veces, por las circunstancias del caso, las partes deciden dejar sin efecto o suprimir tal obligación, como en los casos en que una persona compra un automóvil chocado en el estado en que se encuentra. Seguramente el vehículo tendrá vicios que no hayan sido detectados por el comprador al tiempo de la operación, pero ese posible perjuicio queda salvado con el bajo precio que pagó por el bien.

En estos casos puntuales, el comprador manifestará por escrito que exime al vendedor de la obligación de saneamiento (garantía por vicios ocultos en el ejemplo dado).

En resumen, si las partes en el instrumento escrito en que plasman el acto (p.ej: contrato) nada dicen sobre la obligación de saneamiento, ésta tiene plena vigencia, porque se trata de un elemento natural de los contratos onerosos, que rige en forma supletoria de la voluntad de las partes. Si, en cambio, las partes dejan de lado expresamente tal obligación de saneamiento, no regirá para ese caso.

Elementos accidentales:

Sólo forman parte del acto jurídico si las partes deciden incluirlos. Ellos son: condición, plazo y cargo.

a) Condición:

Tradicionalmente, la modalidad de los actos jurídicos denominada “condición” supone la subordinación de la adquisición o extinción de un derecho a la ocurrencia de un acontecimiento futuro e incierto.

El art.343 establece: “Se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto...”.

En su segunda parte la disposición introduce un aspecto que resulta novedoso: “Las disposiciones de este capítulo son aplicables, en cuanto fueran compatibles, a la cláusula por la cual las partes sujetan la adquisición o extinción de un derecho a hechos presentes o pasados ignorados”.

Con esta redacción, expresan los redactores en los Fundamentos del Anteproyecto, se procura diferenciar la “condición” como modalidad del acto jurídico, del acontecimiento o hecho condicional, y se da cabida a la cláusula reconocida por la doctrina como “condición impropia”.

Lo importante es que las partes desconozcan la ocurrencia o no del hecho condicional. Si es así, es perfectamente posible que el nacimiento o extinción de un derecho se subordine a una condición que se sustenta en un acontecimiento que puede haber ocurrido ya. De todos modos, en la mayoría de los casos la condición está sujeta a la ocurrencia de un acontecimiento futuro.

Clasificación de las condiciones:

La condición será suspensiva cuando se subordina la adquisición de un derecho a tal evento incierto, p. ej.: una persona pacta que donará un bien a otra cuando esta última tenga un hijo. Es resolutoria, en cambio, cuando la ocurrencia del suceso determine la pérdida o extinción de un derecho, p. ej.: una persona da en comodato (préstamo de uso) un departamento de su propiedad, hasta que su hijo se case. Otra clasificación distingue en condiciones casuales (el suceso es independiente de la voluntad de las partes en forma total, p. ej.: si en tal momento cae granizo), potestativas (dependen en gran medida de la voluntad de las partes, p. ej.: si algún día decido

ingresar a una orden religiosa) y mixtas (el suceso depende en parte de la voluntad y en parte de circunstancias extrañas a ella, p. ej.: si en el futuro tengo hijos).

Condiciones prohibidas:

El art.344 CCyC prevé las condiciones prohibidas en los siguientes términos: “Es nulo el acto sujeto a un hecho imposible, contrario a la moral y a las buenas costumbres, prohibido por el ordenamiento jurídico o que depende exclusivamente de la voluntad del obligado...Se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil”.

b) Plazo:

Supone postergar en el tiempo el ejercicio de un derecho hasta la ocurrencia de un acontecimiento futuro y cierto.

El art.350 CCyC dispone: “La exigibilidad o la extinción de un acto jurídico pueden quedar diferidas al vencimiento de un plazo”.

El plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento, a no ser que, por la naturaleza del acto, o por otras circunstancias, resulte que ha sido previsto a favor del acreedor o de ambas partes (art.351).

Clasificación de los plazos:

El plazo puede ser cierto (se conoce desde la celebración del acto el momento en que resultará exigible un derecho, p. ej.: el 31 de diciembre del año 202... vencerá el plazo acordado para pagar la deuda) o incierto (se sabe que fatalmente ha de ocurrir, pero se carece de precisión acerca del momento del suceso, p. ej.: se establece que se deberá reintegrar el bien dado en préstamo a la muerte de tal o cual persona).

Otra clasificación distingue en plazo suspensivo (el derecho se hace exigible a partir de ese momento, p. ej.: se pacta el pago de una suma de dinero a determinada fecha) y extintivo (al cabo de un tiempo se produce la extinción de un derecho, p. ej.: conforme el art.1606 CCyC, la muerte de la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato de renta vitalicia produce la extinción de la obligación de quien debía pagar dicha renta y consecuentemente del derecho al cobro, que no se transmite a los sucesores del beneficiario).

c) Cargo:

Es una obligación de carácter accesorio que es impuesta a quien adquiere un derecho (conf. art. 354 CCyC). Así, por ejemplo, una persona hace donación de su biblioteca, imponiendo al donatario, como cargo, que los libros de medicina sean, a su vez, donados a la biblioteca especializada de una determinada entidad.

La existencia de un cargo pactado, no impide los efectos del acto jurídico (en el ejemplo, que se dé cumplimiento a la donación).

El derecho adquirido es transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte y con él se traspasa la obligación de cumplir el cargo, excepto en el supuesto de que sólo pueda ser ejecutado por quien se obligó inicialmente (caso de una obligación “*intuitu personae*”). Si el cumplimiento del cargo es inherente a la persona (“*intuitu personae*”) y ésta muere sin cumplirlo, la adquisición del derecho principal queda sin efecto, volviendo los bienes al titular originario o a sus herederos (conf. art.356 CCyC).

4. FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS: CONCEPTO.

La forma es el modo de exteriorización de la voluntad por el sujeto respecto de la naturaleza del acto, de su objeto y de la finalidad que con su otorgamiento se persigue.

El art. 973 C.C. establecía: “La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar”.

El art. 284 CCyC, siguiendo en este aspecto los lineamientos marcados por el art.974 C.C., consagra la libertad de formas, en los siguientes términos: “Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente...”. Y, reforzando el principio de autonomía de la voluntad, en su última parte expresa: “Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley”.

Clasificación de las formas: actos formales absolutos, formales relativos y formales a los efectos probatorios.

Durante la vigencia del C.C., las formas de los actos jurídicos fueron clasificadas en “ad solemnitatem” o “ad probationem”, según que su incumplimiento trajera aparejada la nulidad del acto o que la exigencia se orientara solamente a probar el acto, respectivamente.

En los Fundamentos del Anteproyecto del CCyC, con relación al punto, se expresa: “...En cuanto a la forma impuesta, se clasifican las formas distinguiendo entre formas absolutas, las relativas y formalidades para la prueba, en lugar de la clásica bipartición entre formas ad solemnitatem y ad probationem, que resultaba insuficiente, sobre todo a la vista de los diversos negocios con forma exigida legalmente cuya no observancia no hace a la validez sino sólo a la producción de sus efectos propios”.

En orden a lo expuesto, los actos jurídicos se clasifican en:

- a. Actos formales absolutos: aquellos en que una determinada forma es exigida bajo pena de nulidad (ej.: las donaciones de bienes inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias –art.1552 CCyC-).
- b. Actos formales relativos: están previstos en el art.285 CCyC y son aquellos casos en que si el acto no se otorga en la forma exigida por la ley, no quedan concluidos como tales hasta que no se instrumenten conforme la exigencia. Vale como acto en que las partes se han obligado a cumplir con la formalidad requerida (ej.: el art. 1618 CCyC refiere que deben otorgarse por escritura pública: la cesión de derechos hereditarios; la cesión de derechos litigiosos; la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública).
- c. Actos formales a los efectos probatorios: son aquellos en que la formalidad se exige por la ley al sólo efecto de su prueba, pero que a falta del instrumento requerido se acepta que se recurra a cualquier medio probatorio de los regulados en los códigos procesales (prueba confesional, pericial, documental, informativa). Un ejemplo aclarará el punto.

El documento probatorio del contrato de seguro es la póliza, pero a falta de tal instrumento se acepta que se recurra a cualquier medio de prueba, aunque, tratándose de contratos, no se acepta la prueba de testigos en tanto no exista un principio de prueba por escrito, es decir, un instrumento que emane de la contraparte que haga verosímil la existencia del contrato (art.1020 CCyC). Un principio de prueba por escrito (o principio de prueba instrumental) en el ejemplo dado podría ser el

recibo entregado por el productor de la compañía aseguradora que documenta el pago de la prima (precio del seguro), o bien un certificado de cobertura emitido por la aseguradora.

Instrumentos privados y particulares.

Antes de dar tratamiento al punto, deseamos resaltar que el CCyC se refiere a la forma escrita, ampliando el criterio vigente en el C.C., a fin de incluir toda clase de soportes, aunque su lectura exija medios técnicos, como un modo de dar acogida en el derecho común al impacto producido por las nuevas tecnologías (conceptos extraídos de los Fundamentos del Anteproyecto).

Conforme a ello, el art.286 CCyC dispone: “La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”.

Vayamos ahora al tema que nos ocupa.

Durante la vigencia del C.C., cuando la manifestación de voluntad se plasmaba por escrito, se distinguía entre instrumentos públicos, que eran los otorgados ante un oficial público y probaban por sí mismos la autenticidad de su contenido, e instrumentos privados, en los que imperaba la libertad de formas, pero que debían cumplir con dos requisitos: estar firmados y otorgarse en tantos ejemplares como partes con interés distintos otorgaran el acto jurídico de que se tratara.

El CCyC ha avanzado al respecto. El art. 287 establece: “Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información”

Si bien la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales ya distinguía entre instrumentos privados e instrumentos particulares carentes de firma (ej.: los correos electrónicos), es el CCyC el que ha ampliado la clasificación y dado cabida en este último concepto aun a los registros visuales o auditivos de cosas o hechos, dejando abierto el camino a su ampliación futura en correspondencia con el avance tecnológico.

De tal manera, el único requisito de forma de los instrumentos privados es la firma.

La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento (art.288 CCyC).

La Ley de Firma Digital N°25.506 del año 2001, en su art.2° establece: "Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma...".

Y el art.3° de la norma dispone: "Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia".

La firma y la impresión digital

El art.313 dispone: "Si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento".

Si bien el texto del artículo parecía poner fin a algunas discusiones que se habían presentado en doctrina relativas a si un documento que llevaba la impresión digital en lugar de la firma podía ser admitido como instrumento privado, la realidad es que, lejos de finalizar la discordia, la ha reavivado. Ocurre que el art.314, referido al reconocimiento que debe hacer todo aquel a quien se le atribuye la firma inserta en un instrumento, en su última parte expresa: "...El documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido". En el afán de congeniar ambos textos, nos parece que si en un instrumento privado uno de los otorgantes no puede o no sabe firmar, su impresión digital bastará para tener por cumplida la formalidad de la firma. También sería suficiente que dos testigos concurrieran al acto y dejaran constancia de la imposibilidad de firmar de uno de los otorgantes, sea por no poder, sea por no saber hacerlo. Y esto es así porque un mismo documento no puede revestir el carácter de instrumento privado para una de las partes y la calidad de instrumento particular para la otra.

El problema surge en la etapa de la discordia, es decir, cuando las partes no cumplen sus obligaciones o deberes y la cuestión debe ser llevada a juicio. En este caso es que el documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido.

Eficacia probatoria y fecha cierta

La eficacia probatoria de los instrumentos privados, cuya firma hubiere sido reconocida, se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Tales instrumentos adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez (art.317 CCyC).

El mayor problema que presentan los instrumentos privados es el de la acreditación de la fecha de su otorgamiento. Y esto es así porque, aunque se inserte una fecha en el documento, la misma carece de fehaciencia.

El C.C., en su art.1035, preveía algunos supuestos de conferimiento de fecha cierta al documento: “Aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta...será: 1) la de su exhibición en juicio o en cualquiera repartición pública para cualquier fin, si allí quedase archivado; 2) la de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren; 3) la de su transcripción en cualquier registro público; 4) la del fallecimiento de la parte que lo firmó, o del de la que lo escribió, o del que firmó como testigo”.

El CCyC, en el art.317, en lugar de dar ejemplos de cómo adquiere fecha cierta un instrumento privado, ha optado por utilizar la fórmula según la cual “adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después”.

Valor probatorio de los instrumentos particulares

El art. 319 dispone: “El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y

claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen”.

Recordemos que la categoría de instrumentos particulares, según lo establece el art.287 CCyC, comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

La diversidad de naturaleza y origen de tales instrumentos da idea de la difícil tarea que le cabe al juez al tener que ponderar su valor probatorio.

Instrumento público. Concepto.

Es aquel que, cumpliendo determinadas formalidades prescriptas por la ley, es otorgado por ante un oficial público a quien el ordenamiento jurídico confiere la calidad de fedatario público. La ley reconoce a estos instrumentos autenticidad "per se", sin necesidad de recurrir a otro medio de prueba.

Establece el art.289 CCyC: “Son instrumentos públicos:

- a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios;
- b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes;
- c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión.

La enumeración contenida en el artículo no es taxativa, en la medida que pueden existir otros casos que no estén incluidos en la enunciación.

Requisitos del instrumento público

Dispone el art. 290 CCyC: “Son requisitos de validez del instrumento público:

- a) la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella;
- b) las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos.

La denominación “oficial público” está referida tanto a los funcionarios públicos que integran los distintos poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) del Estado Nacional, Provincial, del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o Municipal, y sus entes autárquicos, como a los escribanos públicos.

El funcionario público debe actuar dentro del marco de competencia funcional (atribuciones) que le asigna una norma, es decir, en cumplimiento de las funciones específicas del cargo que ocupa. Así, por ejemplo, la Ley de Ministerios asigna funciones a los titulares de las distintas carteras de Estado, a Secretarios y a Subsecretarios dependientes del Ministerio de que se trate. Leyes especiales (generalmente, las de creación) asignan funciones a las entidades autárquicas, que son parte del Estado descentralizado. Lo mismo ocurre en las Provincias, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Municipalidades.

Será instrumento público, por ejemplo, una resolución que dicte un ministro resolviendo un recurso jerárquico interpuesto contra un acto administrativo dictado por una secretaría dependiente de ese ministerio. También lo será, por ejemplo, un subsidio que una secretaría con competencia funcional (atribuciones) en acción social otorgue a una entidad sin fines de lucro, que lleva a cabo una obra de bien común. Será instrumento público una resolución de la Administración Nacional de Aduanas en que deniega un permiso para introducir determinadas mercaderías al país. En cambio, no será instrumento público una resolución dictada por el presidente de la Comisión Nacional de Energía Atómica en que se deniegue un beneficio jubilatorio. Y esto es así, porque, aunque el acto en cuestión fue dictado por un funcionario público, éste carecía de atribuciones para decidir sobre jubilaciones y pensiones.

El oficial público también debe actuar en los límites de su competencia territorial. Así, aunque ha sido dictada por un funcionario público, no tendrá la calidad de instrumento público la sentencia dictada por un juez de La Pampa, en que se decreta el divorcio de un matrimonio cuyo domicilio conyugal efectivo se encuentra en la Ciudad de Buenos Aires (conf. art.5° inc.8 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Las mismas exigencias rigen respecto de los escribanos públicos, quienes deben actuar conforme a las atribuciones que les confiere la ley de ejercicio de esa profesión en el lugar de su registro (en la Ciudad de Buenos Aires, rige la Ley Orgánica N°404, en cuyo Capítulo III se prevé la competencia material –atribuciones- y territorial de los escribanos).

En lo que hace al requisito de las firmas, el inciso b) del art. 290 CCyC ha sido redactado como si se tratara de una escritura pública de transferencia de dominio de un inmueble, o de una audiencia judicial a la que comparecieren las partes del juicio. Por esa razón exige: “las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos”.

Como vimos, el instrumento público puede ser un decreto presidencial, una resolución ministerial, una disposición del titular de una entidad autárquica, que decida una cuestión. En estos instrumentos públicos no obra la firma del interesado (generalmente, el administrado) y sin embargo son plenamente válidos con la sola firma del oficial público actuante (el art.11 de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549 dispone que la notificación al interesado no hace a la validez del acto administrativo de alcance particular, sino a su eficacia).

Aclarado el punto, retornamos a la cuestión de las firmas, para destacar que en su última parte el inc. b) del art.290 CCyC, resalta que si el instrumento carece de la firma del oficial público o de las partes interesadas (por sí o por representante o a ruego) no tiene validez.

Respecto de la “firma a ruego”, que prevé la disposición, se trata de un mecanismo que posibilita a quien no sabe o no puede firmar, pedir a otro que firme en su nombre. Normalmente, en los casos en que se recurre a la firma a ruego, se incluye una mención en el documento relativa a las circunstancias que han impedido a la parte de que se trate firmar por sí misma.

Es presupuesto para la validez del instrumento que el oficial público se encuentre efectivamente en funciones al tiempo del otorgamiento del acto.

La falta de requisitos necesarios que pudieren haber existido para su nombramiento e investidura, no afectarán al acto ni al instrumento otorgado cuando el funcionario hubiere ejercido efectivamente el cargo y hubiere actuado bajo apariencia de legitimidad del título que lo habilitaba (conf. art.292).

A modo de corolario de lo expuesto en este punto, cabe traer a colación lo dispuesto por el art.293 CCyC: “Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado”.

Este artículo es aplicación del principio consagrado en el art. 7° de la Constitución Nacional, según el cual “Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás...”.

Eficacia probatoria de los instrumentos públicos

El art.296 dispone: “El instrumento público hace plena fe:

- a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal;
- b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario”.

La “plena fe” (autenticidad *per se*) no alcanza a todo el contenido del instrumento público. El inciso a) describe qué manifestaciones del oficial público, volcadas en el instrumento, son alcanzadas por tal beneficio: se trata de las referidas a circunstancias de tiempo y lugar y a los hechos cumplidos por él mismo o ante él.

Por tratarse de manifestaciones del oficial público, a quien la ley le ha asignado carácter de fedatario público, no pueden impugnarse recurriendo a cualquier medio probatorio que las contradiga. Se exige la declaración de falsedad del instrumento por sentencia judicial firme en sede civil o criminal.

Por su parte, el inciso b) hace referencia a las declaraciones efectuadas por las partes en el acto y que se vuelcan en el instrumento (enunciaciones directas). Así, por ejemplo, constituyen enunciaciones directas la manifestación de una parte en el sentido de que vende el inmueble de su propiedad a determinada persona y la declaración de aceptación de la otra parte; o que una parte paga el precio y que la otra otorga el correspondiente recibo.

Ahora bien, es importante aclarar que, respecto de las manifestaciones de las partes, el instrumento público hace plena fe en el sentido de que esas manifestaciones se hicieron en el acto. No implica que lo que se afirmó o se negó allí sea veraz. Por esa razón, al final del inciso b) se especifica que el instrumento hace plena fe en cuanto al contenido de las declaraciones, hasta que se produzca prueba en contrario.

Escrituras públicas.

La escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos

jurídicos. La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden los escribanos es instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz. Si hay alguna variación entre ésta y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la escritura matriz (art.299 CCyC).

El objetivo primordial de la escritura pública es instrumentar actos jurídicos. Muchas veces, sin embargo, se utiliza este instrumento público para volcar manifestaciones que no tienen relación con acto jurídico alguno (declaraciones de testigos, con el objeto de preconstituir prueba para un futuro juicio; acreditación de que la persona que comparece se encuentra en determinado momento en el lugar donde tiene asiento el escribano; etc.).

Contenido de la escritura

En base a lo normado en el art.305 CCyC, la escritura debe contener:

- a) lugar y fecha de su otorgamiento y si alguna de las partes lo solicitase, la hora de firma.
- b) los nombres, apellidos, documento de identidad, domicilio real y especial si lo hubiera, fecha de nacimiento y estado de familia de los otorgantes; si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge, si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto (p.ej: si una persona casada adquiere bienes registrables, será necesario dicho dato toda vez que al momento de necesitar venderlos necesitará contar con el asentimiento de su cónyuge); si el otorgante es una persona jurídica, se debe dejar constancia de su denominación completa, domicilio social y datos de inscripción de su constitución si corresponde.

De acuerdo con el art.306 CCyC, la identidad de los comparecientes debe justificarse por cualquiera de los siguientes medios:

- por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes;
- por afirmación del conocimiento por parte del escribano.

Entiendo que esta segunda opción de acreditación de la identidad del compareciente al acto es una rémora del pasado, cuando el sistema de documentación de las personas significaba un verdadero problema por la dificultad de trámite, la diversidad de autoridades que expedían documentos, los exagerados tiempos que existían para obtener o renovar un documento personal. Actualmente existe un único documento para nacionales y extranjeros radicados, el pasaporte para los

extranjeros no radicados y la documentación de su país de origen para los extranjeros de tránsito que para ingresar a la Argentina no necesitan pasaporte. Es difícil explicar que esta disposición (la segunda opción contenida en el artículo) se haya mantenido.

c) la naturaleza del acto (compraventa, mutuo hipotecario, cesión de derechos, otorgamiento de poder, etc.) y la individualización de los bienes que constituyen su objeto.

d) la constancia instrumental de la lectura que el escribano debe hacer en el acto del otorgamiento de la escritura (debe constar al final del instrumento que la escritura fue leída a los comparecientes).

e) las enmiendas, testados, borraduras, entrelíneas, u otras modificaciones efectuadas al instrumento en partes esenciales, que deben ser realizadas de puño y letra del escribano y antes de la firma.

f) la firma de los otorgantes, del escribano y de los testigos si los hubiera; si alguno de los otorgantes no sabe o no puede firmar, debe hacerlo en su nombre otra persona; debe hacerse constar la manifestación sobre la causa del impedimento y la impresión digital del otorgante (conf. art.305 CCyC).

Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados (art.309).

Toda vez que las nulidades son de interpretación restrictiva y que no cabe ampliar los supuestos previstos en la ley por vía de analogía, debe concluirse que la enumeración de supuestos de nulidad de escritura prevista en el art.309 es de carácter taxativo.

Copias o testimonios

Lo que normalmente se menciona como escritura (de dominio, de poder, etc.) es en realidad una copia o testimonio. Y si es la primera copia que se extrae de la escritura matriz obrante en el libro de Protocolo, para ser entregada a las partes otorgantes del acto, se denominará “primer testimonio”.

El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales.

Esta copia tiene el mismo valor probatorio que la escritura matriz obrante en el Protocolo y debe contener la expresión firmada por el escribano en el sentido de que concuerda con aquélla.

En el protocolo debe dejarse constancia de cada copia o testimonio que se expida (segundo, tercer testimonio, etc.).

Libro de Protocolo.

Es el libro de registro que llevan los escribanos, en el que se agregan por orden de fecha las distintas escrituras matrices, en la forma establecida por la ley especial.

El art.300 CCyC establece: “El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto. Corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo”.

Sobre los escribanos pesa el deber de guarda de los protocolos. El art.69 de la Ley Orgánica Notarial N°404 de la Ciudad de Buenos Aires, establece: “El notario es responsable de la conservación y guarda de los protocolos que se hallen en su poder, y de su encuadernación y entrega al archivo en los plazos y condiciones que señalen las reglamentaciones”. El art. 76 de dicha norma aclara que “El primer tomo del protocolo de cada año llevará al principio, un índice de los documentos matrices que contuviere, con expresión de apellidos y nombres de las partes, objeto del acto, fecha y folio, de todas las escrituras del año. Además, cada escribano a cargo de un registro notarial, deberá confeccionar y conservar, sin límite de tiempo, un índice general de las escrituras autorizadas en cada año”.

En este punto se hace necesario efectuar una somera referencia al acto denominado “protocolización”, que es aquel por el cual se dispone la agregación al libro de protocolo de un instrumento privado, con lo que este último alcanza la categoría de instrumento público.

El art. 984 del C.C. disponía al respecto que el acto bajo firmas privadas, mandado protocolizar entre los instrumentos públicos por juez competente, es instrumento público desde el día en que el juez ordenó la protocolización.

Los arts. 704 y 705 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, relativos a la sucesión testamentaria, disponen que, ante la presentación de un testamento ológrafo (escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador) y previo reconocimiento de la letra y firma del testador por dos testigos ofrecidos por la parte interesada, el juez rubricará el principio y fin de cada una de las páginas del testamento y designará un escribano para que lo protocolice.

El CCyC, en el art.302, luego de establecer que la escritura pública debe hacerse en idioma nacional, establece que si alguno de los otorgantes del acto ignoraran el idioma, podrán requerir al escribano actuante la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero, siempre que conste de traducción efectuada por traductor público.

De esta forma, la protocolización ha dejado de ser una medida que sólo pueden autorizar los jueces, como se desprendía del art.984 C.C.

Actas notariales.

Se denominan actas a los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos (art.310 CCyC).

La Ley Orgánica Notarial N°404 de la Ciudad de Buenos Aires, en su art.82 establece que las actas constituyen documentos matrices que deben extenderse en el protocolo, siempre que no exista disposición legal que establezca otra formalidad.

Las actas, sean protocolares o no, son instrumentos públicos, en la medida que quedan comprendidas en las previsiones de los incs. a) y b) del art.289 CCyC.

Las actas notariales, se labran a requerimiento y se utilizan en diversas situaciones. Así, existen actas de presencia y comprobación (el notario podrá autenticar hechos que presencie y cosas que perciba), de notoriedad (orientadas a la comprobación y fijación de hechos notorios), de protocolización (ante la orden judicial de protocolizar instrumentos públicos o privados, el notario labra el acta correspondiente), de incorporación y transcripción al protocolo (ante el pedido de particulares en tal sentido, el escribano debe labrar acta).

Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones:

- a) se debe hacer constar el requerimiento que motiva la intervención del notario y, en su caso, la manifestación del requirente respecto al interés propio o de terceros con que actúa (el requirente debe ser identificado conforme lo establecido en el art.306 CCyC);
- b) no es necesaria la acreditación de personería ni la del interés de terceros que alega el requirente (si el requirente manifiesta que actúa en representación de una persona física o jurídica, el escribano asentará tal declaración);
- c) no es necesario que el notario conozca o identifique a las personas con quienes trata a los efectos de realizar las notificaciones, requerimientos y otras diligencias (en muchos casos, esas personas no prestan colaboración y, por tanto, es difícil que exhiban documentos de identidad);
- d) las personas requeridas o notificadas, en la medida en que el objeto de la comprobación así lo permita, deben ser previamente informadas del carácter en que interviene el notario y, en su caso, del derecho a no responder o de contestar; en este último supuesto se deben hacer constar en el documento las manifestaciones que se hagan (el escribano actúa de buena fe y no puede ocultar en qué carácter lo hace);
- e) el notario puede practicar las diligencias sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no sea necesario;
- f) no requieren unidad de acto ni de redacción; pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, pero en el mismo día, y pueden separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico;
- g) pueden autorizarse aun cuando alguno de los interesados rehúse firmar, de lo cual debe dejarse constancia (si el requerido se negare a firmar, el escribano deberá dejar constancia de esa circunstancia; el acta no se verá afectada en su validez).

Valor probatorio de las actas.

Las actas hacen plena fe con relación a los hechos que el notario tiene a la vista (que ha cumplido en forma personal), a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial (conf. art.312).

Con relación a la última parte del artículo, es necesario aclarar que el acta hace plena fe de que esas declaraciones existieron porque fueron escuchadas por el escribano. El escribano no puede referir en el acta, por ejemplo, que esa manifestación tuvo el efecto de un reconocimiento

de deuda. A esto apunta la disposición al aclarar que las declaraciones no deben referirse como contenido negocial.

5. VICIOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS: CONCEPTO.

Se denominan así a ciertos defectos, coetáneos a su nacimiento, susceptibles de causar la nulidad o bien de privar de efectos al acto jurídico.

Tales defectos o vicios pueden afectar la voluntad del sujeto o bien al acto jurídico directamente. En el primer caso estaremos ante los vicios del consentimiento o de la voluntad; en el segundo caso, nos encontraremos ante los denominados vicios propios de los actos jurídicos. Veremos a continuación unos y otros.

Vicios de la voluntad: error, dolo y violencia.

El acto voluntario es aquel en que la persona obra con discernimiento, intención y libertad. El discernimiento tiene estrecha relación con la capacidad y se hallará afectado cuando el agente, por su falta de madurez o de salud mental, no se encuentre en condiciones de ejercer por sí los derechos o de cumplir las obligaciones o deberes jurídicos a su cargo, derivadas de las relaciones jurídicas (remitimos a lo expuesto a este respecto en el punto 2.º de esta Unidad).

La intención significa que el sujeto efectivamente ha querido llevar a cabo el acto de que se trate. Afectan a la intención el error y el dolo como vicios del consentimiento.

Finalmente, la libertad implica que el sujeto ha decidido practicar el acto por propia iniciativa, sin coacciones. No existe libertad si la voluntad del otorgante del acto ha sido objeto de violencia física o moral.

a. Error:

Existe error cuando la persona tiene una falsa idea acerca de una cosa, de un estado de situación, de un acto o de su contenido.

El error puede ser de hecho o de derecho. El primero está referido a circunstancias fácticas (el ejemplo clásico es el de aquel que, deseando adquirir un determinado bien, termina comprando otro por su situación de confusión respecto de la individualidad de uno y otro). El error de derecho, en cambio, se da por ignorar el otorgante del acto cuál es el régimen jurídico que resulta aplicable al mismo (las partes constituyen una sociedad para funcionar como entidad bancaria, ignorando que el sistema financiero es un régimen cerrado controlado por el Banco Central).

Con relación al error de derecho cabe traer a colación lo dispuesto en el art.8 CCyC, en el sentido de que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico.

Como conclusión podemos decir que, al igual que en el régimen del C.C., el error de derecho no es admitido como vicio de la voluntad. Ello no obstante, de acuerdo a lo establecido en la última parte del art.8 CU, podría ser admitido en el supuesto de existir una norma que expresamente lo admitiera. El error de hecho esencial –establece el art. 265 CCyC- vicia la voluntad y causa la nulidad del acto. Es esencial el error que recae sobre algún elemento básico del acto, es decir, sobre un aspecto que deba considerarse determinante de la voluntad.

El art.267 CCyC dispone: “El error de hecho es esencial cuando recae sobre:

- a) la naturaleza del acto;
- b) un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida;
- c) la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso;
- d) los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente;
- e) la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración.

Daremos algunos ejemplos de error esencial:

Acerca de la naturaleza del acto: aquel que cree estar comprando un bien, cuando en realidad sólo está alquilando su uso.

Acerca del objeto: quien desea comprar cien kg. de maíz y termina adquiriendo una tonelada; quien cree comprar una calidad premium de vino a granel y recibe un vino reserva de calidad común.

Acerca de la cualidad de la cosa: si alguien creyera adquirir un perro de raza con "pedigree" y luego resultara que el animal no lo tiene.

Acerca de la causa: quien cree adquirir un cuadro original de Antonio Berni, y sólo recibe una reproducción firmada por el artista; aquí el motivo personal relevante fue poseer una pintura original.

Acerca de la persona: quien quiere donar una suma de dinero al hijo mayor de una persona amiga, con el fin de costearle los estudios superiores de pintura artística y se la dona al otro hijo, quien no tiene vocación alguna por la pintura.

El error de cálculo no da lugar a la nulidad del acto, sino solamente a su rectificación, excepto que sea determinante del consentimiento (art.268 CCyC).

Entiendo que habrá error de cálculo cuando del texto del instrumento del acto surja claramente esa situación, como sería el caso de que se exprese el precio por unidad y luego se cometa un error al consignar como precio total a pagar un importe que no se derive de multiplicar el precio unitario por la cantidad de cosas adquiridas. Esta situación, sin lugar a dudas, habilita la rectificación.

Pero si el error de cálculo lleva a alguien a cerrar una operación por un precio que no está dispuesto a pagar y que no estuvo en su intención afrontar, habría error acerca del objeto, dado que el precio fue determinante de su consentimiento.

El C.C., en el art.929, disponía: "El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de cosas proviene de una negligencia culpable".

Como vimos, el art.265 CCyC ya no exige que el error deba ser, además de esencial, también excusable, pero en su segunda parte prevé: "...Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad". Se requiere, entonces, que, además de tratarse de un error esencial, éste haya podido ser conocido por la contraparte actuando con la normal diligencia que las características del negocio exigían, sea que se trate de un acto bilateral (p.ej.: un contrato de cambio), sea que se trate de un acto unilateral recepticio (p.ej.: la promesa pública de recompensa).

En este último sentido, el art.266 CCyC aclara: "El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar".

La parte que incurre en error no puede solicitar la nulidad del acto, si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla entendió celebrar (art.269 CCyC).

El CCyC, al establecer en los arts.1061 a 1068 las reglas de interpretación de los contratos, consagra un principio rector en la materia, plenamente aplicable a los actos jurídicos, que es el de buena fe. Como derivación de éste, surge el de protección de la confianza y de la lealtad negocial (art.1067 CU).

Es en el contexto señalado que debe ser apreciada la disposición del art.269 CCyC. Si la contraparte se allana a ejecutar el acto conforme lo ha entendido quien se vio afectado por el vicio de error esencial, no es procedente la nulidad.

b. Dolo:

Siguiendo en este aspecto los lineamientos del art.931 C.C., el art. 271 CCyC ha incluido en el texto legal una definición del dolo como vicio del consentimiento: “Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación”.

El dolo puede provenir de la contraparte o de un tercero.

Especies de dolo:

- Dolo principal o esencial y dolo incidental: el primero está constituido por las maquinaciones que, en definitiva, llevan a la persona a celebrar el acto; el ardid o maniobra engañosa es determinante de la voluntad para el otorgamiento del acto. El incidental, en cambio, es aquel que, por recaer sobre cuestiones secundarias o de detalle, no resulta determinante del acto; de haber sido conocido el ardid por la víctima, no la hubiera hecho desistir del acto.

Tanto el autor del dolo esencial como del dolo incidental puede ser una de las partes del acto o un tercero (art.274CU)

- Dolo positivo y dolo negativo: en el primer caso, la maniobra dolosa surge de una acción; en el dolo negativo, surge de una omisión.

- Dolo directo y dolo indirecto: el primero es cometido por una de las partes del acto o por su representante; el indirecto se debe a la maniobra de un tercero.

Requisitos que debe reunir el dolo como vicio de la voluntad

- debe ser grave;
- determinante del otorgamiento del acto por la contraparte;
- debe haber causado un daño importante;
- no debe haber existido dolo por ambas partes (recíproco)

En este sentido, el art.272 CCyC refiere: “El dolo es esencial y causa la nulidad del acto si es grave, es determinante de la voluntad, causa un daño importante y no ha habido dolo por ambas partes”.

El dolo es grave cuando la maquinación o ardid utilizado resultan idóneos para afectar la voluntad de quien habrá de otorgar el acto jurídico. En este sentido, es el juez quien deberá ponderar las condiciones de la víctima (nivel de instrucción, experiencia en negocios como el otorgado, grado de lucidez, etc.), para determinar si el estímulo (el dolo) resultaba apto para generar el resultado (otorgamiento del acto).

Es normal que los vendedores destaquen las cualidades del producto y hasta exageren sus bondades, pero esto no puede calificarse como dolo, sino como un mero “artículo de venta”.

El dolo no se juzgará en abstracto, sino, como se dijo, en correspondencia con las condiciones y cualidades personales de la víctima.

El dolo sufrido por la víctima debe haberle producido un perjuicio importante, de lo contrario, siempre podrá reclamar que se le indemnicen los daños sin que se afecte la validez del acto. Es importante recordar que, en materia de interpretación de los contratos rige el “principio de conservación” (plenamente aplicable a los actos jurídicos), según el cual “si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato” (conf. art.1066 CCyC).

Pero la importancia del daño no deberá juzgarse exclusivamente desde el punto de vista económico, sino también desde la óptica del daño moral (así, por ejemplo, el historiador que adquirió una carta, falsamente atribuida a un prócer por el coleccionista que se la vendió, más allá del precio pagado, habrá sufrido un importante daño moral).

Finalmente, si hubo dolo recíproco, es decir, mala fe de ambas partes, que se condujeron con engaño y maquinaciones fraudulentas, la ley las despoja de acción para reclamar la nulidad del acto.

Efectos del dolo:

Cuando reúna los requisitos expuestos, el dolo determinará la nulidad del acto. Aun en el supuesto de que el autor del dolo hubiera sido un tercero (dolo indirecto), la demanda deberá promoverse contra la contraparte del acto.

Como ya se dijo, el dolo incidental no es determinante de la voluntad; en consecuencia, no afecta la validez del acto (conf. art.273 CCyC). Ello no obstante, el afectado podrá reclamar los daños y perjuicios correspondientes.

El autor del dolo esencial o incidental debe reparar el daño causado. Responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento del dolo del tercero (art.275 CCyC). La disposición determina la responsabilidad por daños y perjuicios del autor del dolo (parte o tercero), sea esencial o incidental. Ahora bien, cuando el dolo provenga de un tercero, la contraparte del afectado por el vicio deberá responder en forma solidaria con el tercero, sólo si al tiempo del otorgamiento del acto tuvo conocimiento de la maniobra dolosa desplegada por este último.

c. Violencia:

La fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente, que no se puedan contrarrestar o evitar, en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto. La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso (art.276 CCyC).

La fuerza física como vicio del consentimiento debe ser irresistible, es decir, no debe ser susceptible de ser repelida por la víctima. Debe haber sido causa de su sometimiento a otorgar el acto en contra de su voluntad.

A diferencia de la fuerza física, en el caso de fuerza moral, la voluntad del otorgante del acto es desviada en un determinado sentido.

Requisitos que debe reunir la violencia moral como vicio de la voluntad

- debe tratarse de una amenaza injusta (no lo sería si alguien que ha cumplido la prestación a su cargo, intima al otro a cumplir bajo apercibimiento de iniciarle acciones legales y ejecutarle los bienes).
- la amenaza debe generar un temor fundado en la persona. A este respecto establecía el art. 938 C.C.: "La intimidación no afectará la validez de los actos, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, hábitos o sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión". El CCyC no contiene una disposición similar, razón por la cual, tal como refiere el art.276 en su última parte, "...La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso".
- la amenaza debe referirse a la causación de un mal inminente y grave. La inminencia del daño se relaciona con su proximidad, más que con su inmediatez, dado que lo trascendente aquí es que el afectado no pueda evitarlo recurriendo a la policía.
- la amenaza debe recaer sobre la persona o bienes del otorgante del acto o sobre la persona o bienes de terceros. El art.937 C.C. disponía: "Habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos". El CCyC, con buen criterio, ha dejado sin efecto la enumeración relativa al cónyuge y a los parientes del coaccionado, justamente porque será el juez quien tendrá que analizar si la amenaza que recaía sobre la persona o bienes de terceros, sean parientes o no, tenía entidad suficiente para doblegar la voluntad del otorgante del acto.

Efectos de la violencia

Reuniendo los requisitos expuestos, la violencia determinará la nulidad del acto, debiendo indemnizarse los daños causados a la víctima de la violencia.

El autor de la fuerza irresistible y de las amenazas puede ser una de las partes del acto o un tercero. Si la violencia proviniera de un tercero, éste será responsable ante la víctima por los daños y perjuicios causados. Pero si la otra parte conocía la existencia de violencia por parte del tercero,

deberá responder solidariamente con este último por los daños causados a la víctima (conf. arts. 277 y 278 CCyC).

Vicios propios de los actos jurídicos.

a) Lesión:

El art.332 CCyC dispone: “Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción”.

Habrá vicio de lesión, entonces, cuando una de las partes, explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Elementos de la lesión:

Se distinguen en doctrina dos elementos subjetivos: inferioridad de la víctima y aprovechamiento de la inferioridad por la contraparte; y uno objetivo: obtención de una ventaja patrimonial desproporcionada. Los veremos seguidamente.

Inferioridad de la víctima:

La inferioridad de la víctima de la lesión surge de su situación de necesidad (reflejada por un estado de peligro que afecte su vida, integridad física, salud, honor o sus bienes), de debilidad psíquica

(afectación, aunque no sea permanente, que impide a la persona comprender la magnitud o efectos del acto que habrá de otorgar) o de inexperiencia (falta de educación formal o experiencia de vida).

Aprovechamiento de la inferioridad por la contraparte:

En vista de esa situación de inferioridad con que una de las partes concurre al acto, la otra saca provecho. Si bien, a diferencia de los vicios del consentimiento de dolo y violencia, la contraparte del afectado no es quien ha desplegado acciones para engañar o coaccionar, incurre en falta de buena fe.

Obtención de una ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación:

Dependerá del juez determinar la existencia en cada caso de los extremos de “evidentemente desproporcionada” y “sin justificación”.

Acciones que puede intentar la víctima:

La víctima o sus herederos, en su caso, tendrán la opción para accionar por nulidad o por reajuste de las prestaciones. El demandado, en cambio, sólo podrá accionar por reajuste (normalmente, ante la acción judicial de nulidad emprendida por el afectado, el demandado podrá reconvenir, es decir, contrademandar, por reajuste).

La evidente desproporción entre las prestaciones de las partes debe mantenerse al momento de iniciarse la demanda; caso contrario, la acción carecería de fundamento.

Conforme lo establecido en el art.2563 inc. e) CCyC, la acción de declaración de nulidad relativa en la lesión, prescribe a los dos años, contados desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida.

b) Simulación:

La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o

cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten (art.333 CCyC).

Si bien la simulación se materializa mediante el otorgamiento de un acto jurídico orientado a engañar a terceros, no es prohibida por la ley en la medida que no les cause perjuicio.

Simulación absoluta y relativa:

Se distingue entre simulación absoluta y relativa, según que las partes carezcan de intención de otorgar un acto jurídico y sólo pretendan crear una apariencia de tal; o que por debajo del acto ficticio exista otro que es el que realmente tiene validez para los otorgantes.

Nos detendremos en la simulación relativa, que es a la que se refiere básicamente la disposición del art.333 CCyC.

El primer caso que refiere la norma se da cuando se encubre el carácter jurídico (naturaleza) de un acto bajo la apariencia de otro. Así por ejemplo, una venta de inmueble encubre la donación de dicho bien.

Otro caso se da cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras. En una compraventa de inmuebles, por ejemplo, las partes se ponen de acuerdo para hacer figurar en el contrato un precio menor al real con la idea de que la parte vendedora pague menos impuestos sobre los beneficios eventuales.

También la simulación puede consistir en la inserción en el instrumento de fechas que no son verdaderas (documentos antedatados o postdatados, según la conveniencia de los otorgantes con relación a alguna situación que los comprende).

Hay simulación también cuando se constituyen o transmiten derechos a favor de personas interpuestas, es decir, se incluye a un tercero en el acto, que oficia de testaferro del verdadero cesionario del bien.

Simulación lícita e ilícita:

La simulación es ilícita cuando persigue infringir la ley o perjudicar a terceros. En cambio, es lícita cuando su otorgamiento responde a un interés exclusivo de las partes, que no contradice la ley ni causa perjuicio a terceros.

Dispone el art.334 CCyC: “La simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero. Las mismas disposiciones rigen en el caso de cláusulas simuladas”.

Acciones derivadas de la simulación:

El art. 335 CCyC dispone: “Los que otorgan un acto simulado ilícito o que perjudica a terceros no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación, excepto que las partes no puedan obtener beneficio alguno de las resultas del ejercicio de la acción de simulación.

La simulación alegada por las partes debe probarse mediante el respectivo contradocumento. Puede prescindirse de él, cuando la parte justifica las razones por las cuales no existe o no puede ser presentado y median circunstancias que hacen inequívoca la simulación”.

La regla en la materia es que las partes no pueden accionar por simulación la una contra la otra, cuando el acto simulado es contrario a la ley o perjudica a terceros, salvo que las partes, como consecuencia del ejercicio de la acción, no pudieran obtener beneficio alguno para sí (la acción resultaría inocua).

Ahora bien, cuando la simulación es lícita, la prueba entre las partes del acto es el “contradocumento”, esto es, el instrumento que deja sin efecto, total o parcialmente, al simulado. Es la principal prueba de la simulación.

Si bien, por lo general, el acto simulado y el contradocumento se extienden en la misma fecha, no existe obstáculo alguno a que este último se extienda posteriormente.

Pero puede ocurrir que no pueda presentarse el contradocumento en juicio (por imposibilidad de obtenerlo de manos de quien lo tiene; porque de común acuerdo las partes postergaron el momento para su otorgamiento y luego se enemistaron y nunca lo firmaron; por pérdida o destrucción). En ese caso, la simulación podrá probarse por cualquier medio de prueba (testigos, peritos, principio de prueba por escrito, presunciones).

Es de recordar que el art.298 CCyC establece que el contradocumento particular que altera lo expresado en un instrumento público puede invocarse por las partes, pero es inoponible respecto a terceros interesados de buena fe.

La acción de simulación entre las partes prescribe a los dos años contados a partir del momento en que una de ellas, ante el requerimiento de la contraparte, se haya negado a dejar sin efecto el acto jurídico simulado (art.2563 inc. b CCyC).

En cuanto a los terceros cuyos derechos o intereses legítimos resulten afectados por el acto simulado, están habilitados para demandar su nulidad, a cuyo efecto podrán acreditar la simulación por cualquier medio de prueba (conf. art.336 CCyC).

Además de todos quienes no fueron parte del acto simulado, también revisten la calidad de terceros los sucesores universales de quienes otorgaron el acto, en la medida que de éste se deriven perjuicios a su respecto. Un ejemplo aclarará el punto.

Si un padre en el transcurso de su vida dona bienes a alguno de sus hijos o a su cónyuge, tales bienes son colacionables a su fallecimiento (deben ser traídos en valor a la masa hereditaria por aquel que recibió el beneficio, con vistas a que ningún heredero se vea perjudicado al tiempo de la partición). Aclarada la situación jurídica, vayamos al ejemplo. El padre dona un inmueble a su hijo preferido y para evitarle que deba colacionar lo recibido, y así beneficiarlo en menoscabo de los demás herederos, simula, con el concurso de dicho hijo, que se trató de una compraventa. Al fallecimiento del padre, los otros herederos podrán promover la acción de simulación para dejar sin efecto el acto y así obligar a quien se vio favorecido, a colacionar el valor del bien a la herencia. Podrán acudir a cualquier medio de prueba y así, por ejemplo, demostrar que al momento de la presunta venta, dicho hijo carecía de medios económicos para pagar el precio del inmueble en cuestión.

La acción de simulación ejercida por terceros prescribe a los dos años contados desde que conocieron o pudieron conocer el vicio del acto jurídico (art.2563 inc. c CCyC).

c) Fraude:

El art.338 CCyC establece: “Todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna”.

La acción judicial a interponer por los acreedores es la revocatoria o pauliana (recibe esta denominación en homenaje al pretor Paulus, que fue quien la introdujo por primera vez en el derecho

romano), que se orienta a obtener la declaración de inoponibilidad a su respecto de los actos celebrados por su deudor para defraudarlos, sea sustrayendo bienes de su patrimonio, sea rechazando o renunciando beneficios económicos. El acto llevado a cabo por el deudor en fraude de sus acreedores no está viciado de nulidad, sino que es inoponible a los acreedores que hayan promovido la acción revocatoria.

Una vez ejecutados los bienes y desinteresados los acreedores accionantes, si existe un remanente patrimonial, le corresponderá a quien hubiera adquirido el bien del deudor, justamente porque el acto en virtud del cual se realizó la transferencia o cesión del bien es válido entre las partes.

Requisitos de procedencia de la acción revocatoria

El art. 339 CCyC refiere que son requisitos de procedencia de la acción de declaración de inoponibilidad:

a) que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores.

La exigencia de que quienes ejerciten la acción revistan el carácter de acreedores con anterioridad al acto impugnado es de toda lógica, porque, en caso contrario, no tendrían perjuicio por la salida de bienes del patrimonio del deudor.

La excepción que contiene el inciso en su segunda parte, y que posibilita accionar aun a quienes no hubieran revestido la calidad de acreedores con anterioridad al acto, apunta a brindar una defensa a éstos contra una acción de su deudor que estuvo preordenada a insolventarse, para defraudarlos. Se trata del obrar fraudulento desplegado por quien, hacia terceros, brinda una imagen de solvencia patrimonial, que le permite generar credibilidad en los negocios y, especialmente, acceso al crédito.

b) que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor.

Si no se diera este requisito, el acto no sería atacable por falta de perjuicio.

c) que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia.

El conocimiento por el tercero del estado de insolvencia del deudor, o de su agravamiento por vía del acto otorgado, hacen presumir su complicidad.

Efectos de la acción revocatoria frente a terceros

El art.340 CCyC, en su primer párrafo, establece: “El fraude no puede oponerse a los acreedores del adquirente que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto...”.

La situación es la siguiente: el deudor transfiere bienes a un tercero que conoce el estado de insolvencia del primero. Si bien los acreedores del deudor tienen derecho a ejercer la acción revocatoria para obtener judicialmente una sentencia que declare inoponible a su respecto el mencionado acto, la realidad marca que el tercero que recibió los bienes (cómplice del deudor), puede haber sido ejecutado por sus propios acreedores, quienes eran de buena fe, es decir, desconocedores del concierto fraudulento que, en su momento, hubo entre el deudor principal y el adquirente cómplice.

La solución legal se sustenta en el principio de seguridad jurídica y en la buena fe.

En el segundo párrafo, el art.340 CCyC dispone: “...La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en el fraude; la complicidad se presume si, al momento de contratar, conocía el estado de insolvencia...”.

En el caso el deudor transfiere bienes a un tercero, que conoce el estado de insolvencia del primero. A su vez, este tercero (adquirente de los bienes), los transmite a otra persona (subadquirente). En tal situación, la acción revocatoria ejercida por los acreedores del deudor sólo procederá contra el subadquirente si éste hubiere adquirido los bienes a título gratuito (donación) o si hubiere sido cómplice del fraude.

Por efecto de la sentencia, se revoca el acto fraudulento llevado a cabo por el deudor, el cual resulta inoponible a los acreedores accionantes. Éstos cobran sus créditos de los bienes que se encuentran en poder del tercero de mala fe (adquirente o subadquirente). Ya hemos señalado que el acto jurídico sujeto a acción revocatoria es plenamente válido para las partes que lo han celebrado y por esa razón, declarado inoponible el acto respecto del acreedor accionante, los bienes de que se trate son afectados al pago del crédito reclamado. Pero si hay un remanente, le corresponde al adquirente (o subadquirente, según el caso), justamente porque no se trata de un acto nulo.

De tal forma, el adquirente de los bienes puede hacerse cargo del pago del crédito reclamado con más sus acreencias (intereses y costas) y así desinteresar al accionante. Esto es posible porque, como dijimos, no se trata de un acto nulo, sino inoponible al acreedor accionante.

El art.342 establece: “La declaración de inoponibilidad se pronuncia exclusivamente en interés de los acreedores que la promueven, y hasta el importe de sus respectivos créditos”.

Como ya se ha dicho, la sentencia que se dicte como consecuencia de la acción revocatoria intentada por uno o más acreedores, beneficia exclusivamente a éstos y no a todos los acreedores del deudor. Se trata del ejercicio de una acción personal, cuyos efectos benefician sólo a quienes ejercieron dicha acción judicial.

6. INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS: NULIDAD E INOPONIBILIDAD.

Establece el art.382: “Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas”.

Un acto jurídico es eficaz cuando es apto para producir sus efectos normales.

Es ineficaz, en cambio, cuando por una causa intrínseca (interna del acto), como puede ser un defecto originario en alguno de sus elementos esenciales (incapacidad del sujeto, imposibilidad del objeto, ilicitud de causa), o por la existencia de vicios del consentimiento (error, dolo y violencia) o de vicios propios del acto jurídico (lesión o simulación), se encuentra afectado en su validez. A esta ineficacia se la denomina estructural y trae aparejada la nulidad del acto.

También un acto puede ser ineficaz por causas extrínsecas a su estructura, es decir, a raíz de hechos posteriores a su celebración. Son los casos en que el acto, plenamente válido para las partes otorgantes, resulta inoponible respecto de determinadas personas.

El art.396 CCyC establece: “El acto inoponible no tiene efectos con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley”.

La inoponibilidad es un supuesto de ineficacia en virtud del cual un acto jurídico, válido y eficaz entre las partes otorgantes, no produce efectos respecto de ciertos terceros a quienes la ley protege.

En doctrina se distinguen dos tipos de inoponibilidad: positiva y negativa.

La inoponibilidad positiva se presenta en aquellos casos en que el acto plenamente válido entre partes, no produce efectos respecto de algún tercero; así, por ejemplo, el acto celebrado en fraude de acreedores (plenamente válido entre partes) resulta inoponible a los acreedores que hayan

ejercitado la acción revocatoria o pauliana y hayan obtenido sentencia de inoponibilidad (conf. art.342).

La inoponibilidad negativa se da en el caso de que el acto sea ineficaz o inválido entre las partes otorgantes, pero tal ineficacia resulte inocua respecto de algunos terceros. Por ejemplo, el acto declarado nulo en sede judicial no puede afectar derechos de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso de bienes inmuebles o de muebles registrales (conf. art.392 CCyC).

Nulidad: concepto.

Por nulidad debe entenderse la sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa ya existente al tiempo del otorgamiento del acto.

De conformidad con el art.383 CCyC, la nulidad puede plantearse por vía de acción (demanda judicial) u oponerse como excepción (defensa). En todos los casos debe sustanciarse.

La demanda orientada a que se declare en sede judicial la nulidad del acto debe interponerse contra todos los que hubieren intervenido en él o, en su caso, contra sus sucesores.

En el supuesto de que en virtud del acto cuya nulidad se demanda se hubiere transmitido algún bien a un tercero, éste también debe ser citado a juicio.

Todos los demandados, partes del acto y terceros interesados, tendrán la posibilidad de ejercer su derecho de defensa al contestar la demanda.

Clasificación de las nulidades: absoluta y relativa; total y parcial.

El CCyC establece dos categorías: nulidad absoluta y relativa y nulidad total y parcial.

Han quedado sin efecto dos clasificaciones contenidas en el Código de Vélez que distinguían entre nulidades manifiestas y no manifiestas y entre actos nulos y anulables.

Nulidad absoluta y relativa.

Establece el art.386 CCyC: "Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas".

A los fines de conocer si un determinado acto resulta afectado de nulidad absoluta o relativa habrá que analizar cuál es el bien jurídico afectado por el vicio que lo afecta.

Si bien, por lo general, la nulidad relativa surgirá cuando se trate de un vicio del consentimiento o de los vicios propios de lesión o simulación (no se menciona al vicio de fraude porque no acarrea la nulidad del acto, sino la inoponibilidad de éste a los acreedores que hubieren ejercitado la acción revocatoria), es decir, cuando el interés comprometido sea el de los otorgantes del acto, puede ocurrir que un acto celebrado por un menor, que le esté específicamente prohibido, en donde aparece claramente afectado el discernimiento, a raíz de la falta de capacidad de ejercicio del otorgante, acarree una nulidad absoluta, en razón de la amplia protección que el CCyC brinda a los menores.

Particularidades de la nulidad absoluta

La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción (art.387 CCyC).

El juez, al tiempo de dictar sentencia puede declarar de oficio la nulidad del acto, siempre que el vicio o defecto que afecte el orden público, la moral y buenas costumbres, surja en forma manifiesta. La nulidad absoluta del acto puede ser alegada por el Ministerio Público (fiscal o defensor oficial) o por quien acredite tener un interés legítimo en el proceso (alguna persona que demuestre la afectación que a su respecto se deriva del acto viciado de nulidad). No puede alegarla, en cambio, la parte que dio causa a la nulidad, si por esa vía apunta a obtener un beneficio.

La nulidad absoluta no es susceptible de saneamiento por vía de confirmación del acto, en razón de los importantes y trascendentes valores que protege el instituto. De acuerdo con el art.393 CCyC, la confirmación sólo es procedente en casos de nulidad relativa.

Por último, la acción judicial para reclamar la nulidad absoluta de un acto jurídico es imprescriptible, es decir, no se pierde ni extingue por el transcurso del tiempo.

Particularidades de la nulidad relativa

El art.388 CCyC dispone: “La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo”.

Toda vez que la nulidad relativa encuentra fundamento en la protección de intereses particulares, la disposición sólo autoriza a plantearla a quien, por ejemplo, ha sido víctima de error, dolo, violencia, simulación o lesión.

La nulidad relativa no puede ser declarada de oficio por el juez, ni invocada por el Ministerio Público Fiscal, pero sí, en cambio, por el Ministerio Público de la Defensa, por intermedio de los defensores y curadores públicos que actúan dentro del sistema de apoyos de menores e incapaces que organiza el CCyC. Su actuación, de acuerdo al art.103, es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y personas con capacidad restringida; y principal, cuando los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de los representantes; cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; y cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

La nulidad relativa puede ser saneada, bien por la confirmación del acto (la parte que podría accionar por nulidad del acto, manifiesta su voluntad de tenerlo por válido), bien por la prescripción (de acuerdo a los arts.2562 CCyC, la acción judicial para demandar la nulidad relativa del acto prescribe a los dos años; el art.2563 establece el momento para dar comienzo al cómputo de dicho plazo, de acuerdo a cuál sea el vicio que afecta al acto).

Es de destacar que el CCyC introduce como novedad la posibilidad de que la nulidad también sea demandada por la contraparte de aquella que fue afectada por el vicio. La condición que marca el art.383 CCyC es que sea de buena fe y que, como consecuencia del acto, haya experimentado un perjuicio importante.

El art.388, en su última parte, especifica: “...La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo”. Es el caso del menor que, amparándose en su aspecto de mayor o en su desenvoltura natural en los negocios, lleva a engaño a la contraparte para

la celebración del acto y luego pretende ampararse en su condición de menor para demandar la nulidad.

Nulidad total y parcial.

El art.389 CCyC establece: “Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”.

Un caso de nulidad total es el que se deriva de la violencia o del dolo, donde la voluntad del otorgante del acto aparece excluida o bien disminuida a su mínima expresión.

La nulidad parcial, en cambio, a partir del principio de separabilidad de las cláusulas, posibilita que la nulidad sólo afecte a una parte del acto y que otras cláusulas, que aparecen intocadas por el vicio de que se trate, permanezcan plenamente vigentes. Esta posibilidad dependerá, claro está, de que el acto en cuestión no sea de aquellos en que existe una concatenación plena entre todas sus cláusulas, de modo que si se elimina una, todo el acto pierda sentido (unidad interna del acto).

Como novedad, el art.389 CCyC confiere al juez, en los casos de nulidad parcial, la posibilidad de integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y tomando en cuenta cuáles puedan haber sido los intereses razonablemente perseguidos por las partes. En este sentido, el art. 1066, referido a la interpretación de los contratos, consagra el “principio de conservación” en los siguientes términos: “Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato”.

Efectos de la nulidad.

Dispone el art.390 CCyC: “La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe

según sea el caso, de acuerdo a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto”.

La nulidad del acto produce efectos retroactivos, sin embargo, no siempre volver las cosas al estado anterior resulta una tarea sencilla. Veamos las distintas circunstancias según que el acto en cuestión haya sido ejecutado o no.

Si no se hubiera ejecutado, las partes nada deberían restituirse, justamente porque nada habría sido entregado.

Si hubiere existido ejecución, como sería el caso de una compraventa en que una parte ha pagado el precio a cambio de la entrega de la cosa, las partes deberán restituirse mutuamente lo que hubieren recibido. Es aquí donde comienza la complicación, porque son distintos los efectos cuando el poseedor de la cosa (otorgante del acto o tercero, a quien se hubiere transmitido la cosa) es de buena o de mala fe. Para la solución de estos casos es que la disposición remite a lo establecido en el Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto del CCyC. Este Capítulo, ubicado dentro del Título “Posesión y Tenencia”, correspondiente al Libro Cuarto “Derechos Reales”, lleva por denominación “Efectos de las relaciones de poder”.

Una vez declarada la nulidad del acto y firme la sentencia, las partes deben restituirse mutuamente lo que hubieren recibido en ejecución del acto en cuestión. Puede ocurrir, sin embargo, que, además, las partes hayan sufrido daños; como sería el caso de aquel a quien se restituye el automóvil que vendió, pero chocado. En ese supuesto, tendrá a su disposición la correspondiente acción judicial para reclamar los daños y perjuicios.

Esta situación ha sido prevista por el art.391 CCyC en los siguientes términos: “Los actos jurídicos nulos, aunque no produzcan los efectos de los actos válidos, dan lugar en su caso a las consecuencias de los hechos en general y a las reparaciones que correspondan”.

Efectos de la nulidad respecto de terceros en bienes registrables

El art.392 CCyC establece: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes

no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”.

Un principio similar se hallaba contenido en el art.1051 C.C., que disponía: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”.

El CCyC ha avanzado en la solución, por cuanto ha extendido la previsión a inmuebles y muebles registrables.

Se mantiene, en virtud del principio de apariencia jurídica, la protección respecto de los terceros adquirentes de derechos reales o personales sobre los mencionados bienes, de buena fe y a título oneroso, pero aclara el artículo que “los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”. Veamos de qué se trata esta última cuestión.

Durante la vigencia del C.C., se discutía en doctrina si las enajenaciones de inmuebles a “non domino” quedaban alcanzadas por el beneficio contenido en el art.1051 C.C., según el cual la acción reivindicatoria no podía ser ejercida contra terceros de buena fe y a título oneroso.

Las enajenaciones “a non domino” son aquellas efectuadas por quien, no siendo propietario de la cosa, recurre, por ejemplo, a la falsificación de documentos o a algún otro ardid, y transfiere el bien a un tercero, quien lo adquiere de buena fe y a título oneroso.

La previsión contenida en el último párrafo del art.392 CCyC quita expresamente dicho beneficio.

UNIDAD TEMATICA IV: OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES

por Juan Manuel Capua

1. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.

El Código Civil y Comercial en su art. 724 define la obligación como “... una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

Elementos: sujeto, objeto y causa fuente.

Sujeto: El sujeto de la obligación puede ser singular o plural, según existan uno o varios deudores, uno o varios acreedores, o varios deudores y varios acreedores. Los sujetos, necesariamente, deben revestir la calidad de persona (física o jurídica) y, como tales, deben estar dotados de capacidad y hallarse determinados al tiempo de contraerse la obligación o ser susceptibles de determinación ulterior.

La obligación genera un derecho personal en favor del acreedor (sujeto activo), porque quien debe cumplir la prestación a su respecto es una persona. Allí radica la principal distinción con los derechos reales, donde el vínculo jurídico se establece entre el sujeto y una determinada cosa, sea propia (dominio, condominio, etc.) o ajena (usufructo, servidumbre, etc.). La obligación produce efecto entre las partes y sus sucesores, en tanto que los derechos reales resultan oponibles *erga omnes*, en virtud de lo cual todas las personas se tienen que abstener de perturbar el uso, goce y disposición de la cosa objeto del derecho real.

Dijimos antes que el sujeto de la obligación debía hallarse determinado al tiempo de contraerse la obligación o, en su defecto, ser susceptible de determinación posterior; esto es, al tiempo del cumplimiento de la obligación. Esta última situación se produce en el caso de las denominadas obligaciones ambulatorias o *propter rem*, de las que se dice “viajan con la cosa”. Ejemplo común de este tipo de obligaciones lo constituyen las expensas comunes con que los propietarios de unidades funcionales sometidas al régimen de propiedad horizontal contribuyen al sostenimiento y manutención de las partes comunes del edificio. El deudor de las expensas será el que figure como titular de dominio de dicha unidad al tiempo de requerirse el cumplimiento de la obligación por el Consorcio, con independencia de que la unidad funcional en cuestión haya sido transferida (vgr.: la deuda por expensas comunes generada por un titular de dominio fallecido, deberá ser cancelada por sus herederos).

Objeto: El objeto de la obligación es la prestación; esto es, la conducta que debe cumplir el deudor para satisfacer la expectativa del acreedor. La prestación, de acuerdo al art.725 CCyC, debe ser

material y jurídicamente posible (vgr.: no sería materialmente posible obligarse hoy a viajar a Saturno en tanto no sería jurídicamente posible constituir una hipoteca sobre un automotor, ya que la hipoteca sólo puede constituirse sobre bienes inmuebles y no sobre muebles), lícita (es decir, no contraria a la normativa imperante ni a la moral ni al orden público), determinada al tiempo de contraerse la obligación o resultar determinable posteriormente, susceptible de valoración económica, con independencia de que el interés que persiga el acreedor sea patrimonial o extrapatrimonial (quien adquiere una novela por el mero placer de leer, no estará animado por un interés patrimonial; ello no obstante, contará con todos los medios legales para exigir el cumplimiento por parte del vendedor).

Causa fuente: Es el hecho idóneo que da origen a la obligación, que la hace nacer (conf. art.726 CCyC). Se reconocen como causa fuente de la obligación, entre otras, a los contratos, a los actos ilícitos, a la gestión de negocios, al empleo útil, al enriquecimiento sin causa, a la voluntad unilateral, a la ley, etc.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES: DE DAR, DE HACER Y DE NO HACER

La prestación – objeto de la obligación – está dada por una conducta de contenido patrimonial, que puede básicamente consistir en un dar, un hacer o en un no hacer. Obligaciones de dar: En las obligaciones de dar, el objeto consiste en entregar una cosa o un bien. Asimismo, estas obligaciones se subdividen en:

Obligaciones de dar cosas ciertas, en las cuales su objeto se halla individualizado desde el momento del inicio de la obligación (vgr.: entrega del automotor dominio FDG 962).

Obligaciones de dar cosas inciertas (fungibles o no fungibles): son aquellas que desde su inicio poseen indefinición de su objeto desde su aspecto individual. El Código Civil y Comercial, las refiere como obligaciones de género, que recaen sobre cosas determinadas sólo por su especie y cantidad (art.762).

Obligaciones de dar sumas de dinero: serán tratadas más adelante de modo especial.

Obligaciones de hacer: El art. 773 del CCyC define a las obligaciones de hacer como aquellas “cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordado por las partes”.

Contrariamente a las obligaciones de dar, el objeto de las obligaciones de hacer es una actividad (vgr. la obligación de prestar un servicio profesional liberal).

Las obligaciones de hacer pueden consistir en la prestación de un servicio, realización de cierta actividad, procura de la obtención de cierto resultado concreto, conforme lo prevé el art 774 CCyC, debiendo interpretarse, a los fines del cumplimiento de la misma, no sólo la voluntad de las partes sino también la buena fe y la índole de la obligación de que se trate.

Conforme el art.776, la obligación de hacer puede ser ejecutada por un tercero, salvo que, de acuerdo a lo pactado, a la naturaleza o circunstancias de la obligación resulte que el encargado de la ejecución (deudor) fue elegido por sus cualidades para realizarla personalmente, teniéndose por presunta tal elección en los contratos que requieren una confianza especial (p.ej.: se encomendó a un escultor de renombre la realización de una escultura).

Obligaciones de no hacer:

Es aquella que tiene por objeto una abstención del deudor o tolerar una actividad ajena. Su incumplimiento imputable permite reclamar la destrucción física de lo hecho, y los daños y perjuicios (art. 778 CCyC).

Un ejemplo común en el tráfico mercantil resulta ser la cláusula que generalmente se incluye en los contratos de transferencia de fondos de comercio por la que se estipula la prohibición al vendedor de instalar un negocio de idénticas o similares características al transferido en un radio de distancia prudencial del mismo; ello con el objeto de preservar la clientela y evitar una situación de competencia desleal por parte del vendedor del negocio (téngase presente que el “valor llave” que se paga como integrante del precio de la transferencia, tiene su razón de ser en la acreditación en plaza del comercio y en su clientela). El deudor, como se ve, cumple con una abstención.

Obligaciones de dar dinero

Esta última clasificación –obligaciones de dar sumas de dinero- resulta de fundamental importancia atento la trascendencia que asume el dinero en el ámbito del derecho patrimonial, lo que, por lo demás, justifica su tratamiento legislativo en forma específica, aunque en puridad el dinero sea jurídicamente una “cosa”.

El dinero es “la moneda que autoriza y emite el Estado con la finalidad primordial de servir de unidad de medida de valor de todos los bienes, como instrumento de cambio y como medio de pago de las relaciones patrimoniales”⁵.

Según dispone el art. 765 CCyC, “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de la constitución de la obligación”.

En materia de obligaciones de dar sumas de dinero (p.ej.: mutuo dinerario) rige el principio nominalista, según el cual el deudor adeuda el importe consignado en el billete (quien solicitó un préstamo \$ 100.000.-, si no se pactaron intereses, al vencimiento del plazo acordado, quedará liberado entregando esa misma cantidad de pesos).

Dado que, desde hace muchos años, es común que, con vistas a paliar los efectos nocivos de la inflación en las transacciones comerciales, se pacten deudas en dólares, el art.765 previó especialmente la situación, y en la segunda parte de la disposición establece: “...Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal” (la deuda contraída en dólares estadounidenses se cancelará en pesos al tipo de cambio oficial vigente el día del vencimiento).

Deudas de dinero y deudas de valor

El dinero es la moneda que posee curso legal y forzoso. El curso es legal, porque es la ley de cada Estado emisor de moneda la que establece el valor nominal del dinero y le confiere poder cancelatorio. Curso forzoso supone la imposibilidad de exigir el canje de la moneda por reservas (ej. oro o divisas). Ello determina que la moneda deba circular forzosamente como medio de pago.

Así en las obligaciones de dar sumas de dinero, el deudor deberá entregar la cantidad designada, sin admitirse la actualización por depreciación monetaria (principio nominalista), no obstante que pueda existir inflación (el art. 7 de la ley 23.928, modificada por la ley 25.561, prohíbe todo tipo de indexación y de actualización monetaria por pérdida de valor adquisitivo de la moneda).

En las obligaciones de dar dinero, desde el nacimiento de la obligación lo que se debe es dinero. Son deudas monetarias desde su origen.

Distinta es la situación cuando de lo que se trata es de justipreciar en dinero una deuda donde lo que se debe es un valor. En las deudas de valor la moneda no constituye en rigor el objeto de la

⁵ Pizarro Ramon-Vallespinos, Carlos G *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Bs.As. 1999, T I, pag. 348, nro. 157

deuda, sino que sólo sirve de medio para restaurar en el patrimonio del acreedor un valor o utilidad comprometido por el deudor: un valor abstracto a ser determinado en algún momento en una suma de dinero, pero cuya expresión no habrá de cambiar a tenor de las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda hasta tanto aquello no suceda ⁶.

En estas obligaciones “el dinero no es el objeto de la prestación -como si lo es en las obligaciones de dar sumas de dinero – sino la medida de su valor”⁷, no aplicándoseles las restricciones de prohibición de indexación ya que lo que se adeuda es un valor y no una suma de dinero.

El art. 772 CCyC refiere: “Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda...”, ello sin perjuicio de que “...una vez que el valor es cuantificado en dinero...” se le aplicaran las normativas referidas a las obligaciones de dar sumas de dinero. Ejemplo típico de este tipo de obligaciones resulta ser la indemnización de daños y perjuicios – sea consecuencia de un incumplimiento contractual o por violación del principio genérico de no dañar (extracontractual) -, donde lo que se resarce es el valor de lo dañado. Si bien al momento de su pago será cuantificada en dinero, esto no altera su naturaleza, ya que su objeto será el valor integral del daño causado, el que se monetizará. A partir de allí se aplicarán al caso las normas previstas para las obligaciones de dar sumas de dinero (conf. última parte del art.772 CCyC).

Las obligaciones de valor pueden expresarse en una moneda sin curso legal que sea habitualmente usada en el tráfico comercial, ya que lo que se quiere garantizar es un “quid” (p.ej. dólar estadounidense).

Intereses: distintas Clases: compensatorios y moratorios

Se denomina interés a la retribución dineraria que debe pagarse por la utilización de un capital ajeno y también a la reparación económica que debe cumplir el deudor respecto de su acreedor por no haber satisfecho el pago en tiempo propio. Los primeros son los intereses compensatorios, en tanto que los segundos son intereses moratorios.

Respecto de los **intereses compensatorios**, el art.767 dispone que la obligación puede llevar intereses y son válidos los que se han convenido entre el deudor y el acreedor, como también la

⁶ TRIGO REPRESAS, Félix A., *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, 2da.edición, Platense, La Plata 1978, p. 64 y ss., N°39.

⁷ WIERZBA, Sandra M, *Manual de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Según el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, 1era edición, Abeledo Perrot, C.A.B.A., 2015, pag.206, No.2.8

tasa fijada para su liquidación. Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces.

A modo ejemplificativo, podemos decir que es común que en los préstamos de dinero y en las transacciones comerciales en que se conceden cuotas al comprador para el pago del precio, las partes pacten el interés que se deberá cargar al capital al tiempo de su devolución y al vencimiento de cada cuota en que se realice el pago. En esta materia rige la autonomía de la voluntad, que posibilita a las partes establecer la tasa de interés que más convenga a cada uno; ello, claro está, dentro de los límites legales (el art.175 bis del Código Penal reprime el delito de usura).

Son **intereses moratorios** los que se abonan en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento en término de una obligación. Estos intereses pueden ser fijados o establecidos por leyes especiales o pueden ser pactados por las partes. Se deben desde la mora del deudor hasta el efectivo pago de la obligación.

Cabe mencionar que el art.769 se refiere a otra categoría de intereses denominada “punitivos”, de carácter convencional. Las partes pactan un interés mayor en concepto de sanción por una conducta maliciosa del deudor. Ejemplo de ello es la cláusula contractual que prevé la aplicación de una tasa fija por cada día de retardo imputable, la que contiene el interés moratorio normal de plaza con más un porcentaje determinado (vgr: 0.5% diario del último alquiler devengado por cada día de retardo en que el locatario continúe en la ocupación del inmueble una vez operado el vencimiento del contrato).

Anatocismo

Comúnmente llamado el “interés del interés”, anatocismo es la capitalización del interés o interés compuesto. Consiste en sumar a una deuda de dinero intereses ya devengados por la misma, para que ambos, juntos o sumados, vuelvan, a su vez a producir nuevos intereses ⁸.

El anatocismo ha sido y es un instrumento que ha generado abusos por parte de entidades crediticias y de prestamistas particulares. De ahí que, en principio, esté prohibido.

Nuestro Código, en el art 770 dispone que no se deben intereses de los intereses, pero consagra algunas excepciones a tal prohibición del anatocismo:

a) si media clausula expresa que autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis (6) meses. La norma se orienta a evitar la capitalización mensual,

⁸ TRIGO REPRESAS, Félix A., en ALTERINI, Jorge H. (director), *Código Civil y Comercial Comentado-Tratado Exegético*, 2da.edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, Tomo IV, p.225.

práctica muy utilizada en el circuito financiero y que originara tremendas distorsiones y abusos lindantes con lo usurario.

b) si la obligación se demanda judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda. Cuando se demanda judicialmente el cumplimiento de una deuda, en la liquidación inicial se incluye capital e intereses. A partir de la notificación de la demanda el monto reclamado (en total) se consolida como capital y desde ese momento, los intereses que se devenguen durante el juicio implicarán un modo de anatocismo aceptado.

c) si la obligación se liquida judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo. Habiendo liquidación aprobada y firme en el juicio, si el deudor no paga en término, se computarán intereses moratorios sobre el monto de la liquidación aprobada, que ya contiene capital e intereses. De esta forma, habrá interés sobre los intereses.

d) otras disposiciones legales que especialmente prevean la acumulación.

3. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

Se denominan efectos a las consecuencias jurídicas emergentes de la relación jurídica obligacional. Las obligaciones no producen efecto sino entre acreedor y deudor, y sus sucesores a quienes se transmitiesen. De esto se desprende que, en principio, los terceros no son alcanzados por tales efectos, aunque veremos que, en ciertas situaciones, los terceros pueden ser alcanzados.

Los “efectos” de las obligaciones (desde el punto de vista del sujeto activo) son los “medios” que posee el acreedor para exigir el cumplimiento de la prestación al deudor.

Efectos con relación al acreedor

Efectos principales: Están previstos en el art. 730 del CCyC.

La obligación da derecho al acreedor a:

a) El cumplimiento forzado, esto es, a emplear los medios legales (recorrir a la Justicia) para que el deudor le procure aquello a lo que se ha obligado.

Es importante aclarar que el cumplimiento forzado sólo es posible cuando lo adeudado no sea una obligación de hacer, la cual, por principio, no es susceptible de ejecución forzada.

La ejecución forzada resultará procedente, por ejemplo, en las obligaciones de dar. El vendedor de un automotor no cumple con la entrega del bien al comprador, no obstante haber recibido de éste

la totalidad del precio. A partir de una resolución judicial se podrá secuestrar dicho vehículo (retiro por la fuerza de la cosa debida) y el Juez disponer su entrega al comprador.

Distinta es –como vimos- la situación en las obligaciones de hacer. Si un artista plástico se compromete a pintar un cuadro y no lo hace, no se puede ejercer violencia sobre su persona y obligarlo a pintar. En dicho supuesto la obligación se resolverá con el pago de los daños y perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento.

En las obligaciones de no hacer, por último, el cumplimiento forzado sólo se podrá cumplir cuando ello no exija la aplicación de medios violentos sobre la persona del deudor.

b) Hacerse procurar la prestación por otro, a costa del deudor.

En las obligaciones en donde la persona del deudor no representa un elemento esencial para su cumplimiento, una posibilidad para el acreedor de obtener lo debido es poder recurrir a un tercero para que éste la cumpla, a costa del deudor que no lo ha hecho. Se trata de obligaciones que no sean *intuitu personae*, es decir, en donde la persona del deudor resulta fungible, es decir reemplazable.

El acreedor puede solicitar autorización judicial para hacerse procurar la prestación por tercero o bien, en caso de urgencia, contratar al tercero, pagarle, y luego promover acción judicial contra el deudor, para hacerse reintegrar lo pagado al tercero, con más los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del deudor.

Tanto el cumplimiento forzado como el cumplimiento por otro a costa del deudor representan los medios principales “normales” que posee el acreedor para exigir el cumplimiento de la prestación debida.

El efecto principal “anormal” se produce ante la falta de cumplimiento espontáneo del deudor y ante la imposibilidad de obtener el cumplimiento forzado y el cumplimiento por tercero a costa del deudor. En tal esquema, lo procedente es que el acreedor obtenga judicialmente la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del deudor. Esta es la previsión contenida en el inciso c) del art. 730 (“La obligación da derecho al acreedor a: ...obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes”).

Efectos Auxiliares: Tienden a la protección de la integridad del patrimonio del deudor. Son comprensivos, por una parte, de las denominadas medidas precautorias o cautelares, y por la otra, de integración (acciones de simulación, revocatoria y oblicua) y de deslinde de patrimonio (acción de separación de patrimonios).

Son medidas precautorias, aquellas que tienden a asegurar al acreedor que la sentencia condenatoria que obtenga contra su deudor podrá ser ejecutada. El juez de la causa determinará su procedencia evaluando la verosimilitud del pedido y el peligro que pueda correr el cobro del crédito reclamado si esas medidas cautelares no son otorgadas (vgr.: las medidas cautelares más comunes son el embargo preventivo sobre bienes del deudor, que impedirá a éste disponer de tales bienes hasta tanto el Juez de la causa levante la medida, y la inhibición general para disponer de bienes, que procede cuando no se le conocen bienes específicos al deudor. Tal inhibición se inscribe en los distintos registros de la propiedad que solicite el acreedor, de modo tal que, si en algún momento, el deudor incorpora a su patrimonio bienes registrables, automáticamente quedará inhibido para disponer de ellos, hasta que el Juez lo decida).

Las acciones de integración se orientan a que reingresen al patrimonio del deudor bienes que egresaron ilegítimamente y en fraude de los acreedores; en tanto que la acción de separación de patrimonios tiende a evitar, por ejemplo, que los bienes dejados por el causante, suficientes para hacer frente al pago de las obligaciones que él debía cumplir, se confundan con el patrimonio personal del heredero, cargado de deudas.

Efectos con relación al deudor

Se traducen en ciertos derechos reconocidos al deudor:

- I. A obtener la cooperación del acreedor para poder cumplir con la prestación debida. A este respecto, el art.729 CCyC dispone: “Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe” (no actúa de buena fe el acreedor que con su falta de colaboración impide el cumplimiento).
- II. A consignar judicialmente el pago (el art.904 CCyC establece: “El pago por consignación procede cuando:
 - a) el acreedor fue constituido en mora; b) existe incertidumbre sobre la persona del acreedor; c) el deudor no puede realizar un pago seguro y válido por causa que no le es imputable”).
- III. A ser liberado de la obligación, previo pago de lo debido (art.731 CCyC).
- IV. A repeler las acciones del acreedor tendientes al cobro, una vez realizado el cumplimiento exacto de la obligación (art.731 CCyC).

4. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

a) **Contrato**

El contrato es un acto jurídico bilateral y patrimonial.

El art.957 CCyC dispone al respecto: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales” (remitimos al tratamiento específico del tema que se aborda en la Unidad V).

b) **Gestión de Negocios**

El art. 1781 CCyC expresa que habrá gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada convencional o legalmente.

El gestor actúa en interés de un tercero (pero sin mandato o representación alguna otorgada) procurándole una utilidad, razón por la cual el deudor deberá reembolsar al gestor los gastos en que haya incurrido en tanto le hayan sido necesarios y útiles, con más los intereses correspondientes desde el momento en que fue hecha la erogación y hasta su efectivo pago (art. 1785).

Supongamos que el dueño de un departamento se fue de viaje a Europa. Durante su estancia en el exterior llega un “último aviso” de la compañía proveedora de gas, por falta de pago, avisando que si en un plazo perentorio no se salda la deuda se procederá a cortar el suministro. Se avisa, además, que si se interrumpe el suministro, para reconectar el servicio deberá pagarse una importante suma a la empresa. El vecino de piso, al ver el aviso, lo toma y se hace cargo del pago reclamado. Dicho pago del gestor resulta útil al viajero, por cuanto evitó el corte de servicio y la necesidad de pedir reconexión de medidor. El gestor, entonces, tendrá derecho a ser resarcido de lo pagado. Si el vecino beneficiado se niega a pagar al gestor, éste tendrá acción legal para reclamar lo que se le adeuda, con más los intereses correspondientes desde el momento en que realizó el pago.

c) **Empleo útil**

Quien sin ser gestor de negocios ni mandatario –dispone el art.1791-, realiza un gasto, en interés total o parcial de otra persona, tiene derecho a que le sea reembolsado su valor, en cuanto haya resultado de utilidad, aunque después tal utilidad llegue a cesar.

Figura bastante similar a la anterior, donde según algunos autores la única diferencia estaría dada en que en la gestión de negocios existe la intención de realizar un acto en beneficio de un tercero, finalidad que no se encuentra presente en el empleo útil.

Un ejemplo de empleo útil lo provee el art 1792 CCyC, en donde se hace referencia a los gastos funerarios. Supongamos que fallece una persona que vive sola y no se le conocen parientes. Aquel que, por razones de humanidad, se hace cargo de los gastos de sepelio, tendrá derecho a que se le reembolsen los mismos si en un futuro aparecieren herederos del difunto (conf. 1793 CCyC).

En materia laboral, el art.76 de la Ley de Contrato de Trabajo contempla una situación subsumible en el concepto de “empleo útil”. Es la de los gastos incurridos por el trabajador para el cumplimiento adecuado de sus tareas, que el empleador deberá reintegrar al trabajador⁹.

d) Enriquecimiento sin causa

Toda persona que, sin una causa lícita, se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda (art. 1794 CCyC).

La acción correspondiente para efectivizar lo expuesto (*actio in rem verso*) exige la existencia de los siguientes requisitos:

- 1) Enriquecimiento del demandado;
- 2) Empobrecimiento del demandante;
- 3) Relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento;
- 4) Falta de causa que justifique el desplazamiento patrimonial;
- 5) Carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio sufrido por el accionante.

e) Pago indebido

Tal como veremos más adelante, el término “pago” es utilizado como sinónimo de cumplimiento de la obligación. El pago supone cumplir lo debido, y es uno de los modos de extinción de las obligaciones.

En el supuesto en examen, la locución pago va acompañada del término “indebido”, lo que determina que, en vez de producirse el efecto normal del pago, es decir, la extinción de la obligación, se genera una obligación de reintegrar por parte de quien lo hubiera recibido.

⁹ GIAMBERARDINO, Romina, en CURÁ, José María (director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2015, T°IV, p.792.

El pago de lo que no se debía puede ser “repetido”, es decir, obtenerse la devolución de lo pagado. De acuerdo al art.1796, para que el pago sea repetible se debe dar alguno de los siguientes supuestos:

La causa de la deuda no existe, o no subsiste, porque no hay una obligación válida.

Es el caso de quien paga, creyéndose deudor, pero no lo es.

En algunos préstamos bancarios (mutuos dinerarios) – a fin de incentivar su cumplimiento en tiempo y forma - existe una cláusula en la que se determina que si el deudor abona en termino las cuotas durante todo el contrato, no deberá abonar la última cuota, la que se considerará cancelada. Supongamos que el tomador del crédito abona cada cuota conforme a lo pactado y olvidando el mencionado beneficio cancela también la última cuota. El deudor abonó algo que no debía, es decir pagó indebidamente la última cuota. En este caso podrá reclamar la devolución de lo pagado, es decir “repetir” el pago.

Paga quien no está obligado

Sería el caso del propietario de un departamento que abona un trabajo de plomería al profesional que manda la Administración, cuando en realidad tal trabajo debe ser pagado por el Consorcio, ya que se trata de una filtración procedente de un caño maestro del edificio.

Recibe el pago quien no es acreedor

Ejemplo de esta hipótesis sería el caso del locatario de un departamento que se presenta en el domicilio del locador a abonar el alquiler mensual. Hallándose ausente el locador, le recibe el pago un amigo de éste, ocasionalmente de visita en el lugar, y le extiende el recibo tal como si fuera el acreedor.

La causa del pago es ilícita o inmoral

Ejemplo es quien paga por la denominada “venta de protección” que alguien le hace (práctica típicamente mafiosa).

El pago es obtenido por medios ilícitos.

Claro ejemplo de quien paga bajo amenaza.

f) Declaración unilateral de voluntad

El Código Civil no aceptaba a la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones. Ello, no obstante, se discutía en doctrina si la voluntad unilateral era por sí suficiente para crear obligaciones. Quienes se pronunciaban por la negativa sostenían que la misma no tenía autonomía como fuente de obligaciones, dado que, en última instancia, era absorbida por un contrato o bien

conformaba un hecho ilícito. Quienes la aceptaban, basaban su afirmación en diversos casos contemplados por el Código Civil en que la voluntad unilateral operaba como fuente de obligaciones; así, por ejemplo, se citaba el caso de quien hacía una oferta renunciando al derecho de retirarla o comprometiéndose a mantenerla durante un cierto tiempo. También se refería el caso de quien prometía públicamente una recompensa al que hallare una determinada cosa extraviada.

El Código Civil y Comercial ha llevado a la categoría de fuente autónoma, tanto a la declaración unilateral de voluntad, como a la promesa pública de recompensa.

El art. 1800 del CCyC establece: “La declaración unilateral de voluntad causa una obligación jurídicamente exigible en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres. Se le aplican subsidiariamente las normas relativas a los contratos”.

Donde puede apreciarse claramente la utilidad del reconocimiento de la voluntad unilateral como fuente autónoma de obligaciones es en el derecho de consumo, donde resulta importante dar protección al interés social comprometido en ciertas promesas dirigidas al público en general. Así, por ejemplo, la Ley de Defensa del Consumidor, N° 24.240 (y modificatorias), en su art.7 establece: “La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer...”.

g) Promesa publica de recompensa

El art. 1803 CCyC establece: “El que mediante anuncios públicos promete recompensar, con una prestación pecuniaria o una distinción, a quien ejecute determinado acto, cumpla determinados requisitos o se encuentre en cierta situación, queda obligado por esa promesa desde el momento en que llega a conocimiento del público.”

Ejemplo de lo que tratamos puede ser un premio para el ganador de una justa deportiva o de conocimiento (pensemos en cualquier programa de televisión donde existe un premio para el participante del público, mientras va avanzando en las respuestas correctas); una recompensa para quien reintegre a su dueño un objeto extraviado (múltiples carteles que ofrecen recompensa por el reintegro de un perro que se ha extraviado es común ver en plazas de nuestra ciudad); un importante descuento en un producto para los que concurran a un supermercado en determinado día, etc.

h) Concurso publico

El art. 1807 CCyC dispone: “La promesa de recompensa al vencedor de un concurso, requiere para su validez que el anuncio respectivo contenga el plazo de presentación de los interesados y de realización de los trabajos previstos. El dictamen del jurado designado en los anuncios obliga a los interesados. A falta de designación, se entiende que la adjudicación queda reservada al promitente...”, agregando el art. 1808 que no pueden efectuarse llamados que realicen diferencias arbitrarias por raza, sexo, religión, ideología, nacionalidad, opinión política o gremial, posición económica o social, o basadas en otra discriminación.

i) Garantías unilaterales

Constituyen una declaración unilateral de voluntad y están regidas por las disposiciones que regulan a dicha fuente, las llamadas “garantías de cumplimiento a primera demanda”, “a primer requerimiento” y aquellas en que de cualquier otra manera se establece que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestación determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pueda tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos (art. 1810 CCyC).

Son también denominadas garantías abstractas, autónomas o a primera demanda.

A diferencia de la fianza, que es un contrato accesorio de otro principal, donde el fiador se obliga a cumplir en caso de incumplimiento por parte del principal obligado (ej. contrato de locación en el cual el fiador garantiza al locador el pago del canon locativo y demás deudas que pudieren surgir en el supuesto de que el locatario no cumpla), la garantía unilateral es independiente de la relación jurídica que garantiza.

Se asume el compromiso de pagar una deuda ajena, pero con independencia del título en virtud del cual nació esa deuda. En la práctica, el beneficiario de la garantía podrá exigirla aun cuando no se haya operado ningún incumplimiento por parte del deudor principal.

Quien otorgó la garantía no podrá oponer al beneficiario (acreedor) ninguna excepción que estuviera en condiciones de oponerle el deudor, justamente porque la garantía que otorgó es independiente de la relación jurídica existente entre acreedor y deudor.

Un ejemplo aclarará el punto: una empresa encomienda a otra la construcción de una planta llave en mano. Como parte del contrato de obra se pacta un importante anticipo financiero a favor de la constructora, que es pagado por la compañía que encomienda la construcción. A fin de

resguardarse del riesgo de que tal anticipo pueda ser desviado para otras obras, la compañía exige a la constructora una garantía unilateral, a primer requerimiento, para ser ejecutada en el supuesto de que la construcción no avance de acuerdo al plan de obra pactado. La constructora tramita ante una compañía aseguradora un seguro de caución a primera demanda, por la suma del anticipo financiero recibido. De esta forma, si la empresa que encomendó la construcción ve que el plan de obra no avanza de acuerdo a lo pactado, exigirá a la aseguradora el pago de la garantía. La aseguradora deberá pagar y no podrá oponer a la beneficiaria ninguna excepción que pudiera tener la constructora contra esta última (vgr.: que hubo demasiadas lluvias y por esa razón no se pudo cumplir el plan de obra)."

j) **Abuso del derecho**

Elevado a la categoría de "principio general" en el actual ordenamiento legal vigente y por ende aplicable al ejercicio de todos los derechos, el abuso de derecho se halla normado en el art. 10 CCyC: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

Habría abuso del derecho si una persona, que tiene derecho a ejecutar música en su casa, lo hace hasta altas horas de la madrugada, molestando el descanso de sus vecinos; lo hay también cuando una obra social establece un periodo de carencia en la atención de afiliados en casos oncológicos; cuando un banco, con el pretexto de cobrar el descubierto que el cliente tiene por el uso de su tarjeta de crédito, se apropia del total del sueldo que el empleador del cliente le deposita a principios de mes.

k) **Actos ilícitos**

El ilícito civil es el acto contrario a las leyes del que se deriva un daño a terceros. En general el daño que se deriva de los actos ilícitos surge de la violación del principio general de "no dañar a otro" (*neminem laedere*).

Como primera aproximación, ya que más adelante, al abordar el tema de la responsabilidad civil, los veremos con mayor detalle, podemos decir que los actos ilícitos pueden ser clasificados en: cuasidelitos (si fueron realizados con culpa) o delitos (si fueron realizados con dolo).

La utilización de la palabra delito, para referirnos a los actos ilícitos civiles en los que el agente actúa con dolo, puede generar algún tipo de confusión con los delitos que prevé y sanciona el Código Penal.

En materia penal rige el principio de tipicidad, según el cual resulta punible aquel cuya conducta encuadre perfectamente en la figura delictiva prevista y penada, de manera taxativa por el Código Penal.

En materia civil, en cambio, el delito surge de la mera oposición de la conducta al orden jurídico, pudiendo existir enorme cantidad de ilícitos de este tipo.

En el derecho civil la existencia de daño a terceros es ineludible; en el delito criminal puede o no haber daño, dado que muchas veces se sancionan situaciones de riesgo o actos preparatorios del delito (tentativa).

La sanción del delito civil es la condena al autor a resarcir el daño causado, en materia de delitos del derecho criminal, existen penas aplicables a los responsables (reclusión, prisión, inhabilitación, multa).

Si bien en el régimen del CCyC no se regula específicamente a los actos ilícitos entre las fuentes de las obligaciones, la doctrina en pleno les reconoce tal calidad.

i) Obligaciones *ex lege* (nacidas de la ley)

La ley es, junto a los contratos y a los actos ilícitos, una de las principales fuentes de las obligaciones. Daremos a continuación algunos ejemplos.

- a) La prestación alimentaria que se deriva del parentesco (arts.537 CCyC).
- b) Obligaciones impositivas (Ley de Impuesto a las ganancias – texto ordenado Dec. 649/97 y modificatorias).
- c) Garantía de evicción y vicios redhibitorios (arts.1033 y 1034 CCyC).
- d) La obligación del dueño del inmueble de ceder el 50% del tesoro al tercero que lo hallare ocasionalmente en el referido inmueble (art.1953 CCyC); etc.

5. MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

Las obligaciones se extinguen por los siguientes modos:

- a) Pago; b) Compensación; c) Confusión; d) Novación; e) Dación en pago; f) Renuncia a los derechos conferidos por la ley; g) Remisión de deuda; h) Imposibilidad de cumplimiento.

a) Pago

Concepto y naturaleza jurídica: Pagar es cumplir. El art. 865 del CCyC establece: “El pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación”.

Es el modo normal y natural de extinción de las obligaciones, ya que en el pago el deudor cumple con el acreedor la prestación debida.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el art.866 dispone que el pago es un acto jurídico; esto es, un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato extinguir una obligación, aplicándosele, por ende, las reglas de los actos jurídicos.

Objeto del pago: Debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización (conf. art.867).

Identidad: El art. 868 CCyC refiere que el acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor.

Este derecho del acreedor a exigir lo debido en forma idéntica a lo acordado, posee ciertos límites que están dados por la buena fe (art. 729 CCyC) y el abuso del derecho (art. 10 CCyC).

Integridad: El art. 869 CCyC dispone que el acreedor no está obligado a recibir pagos parciales excepto disposición legal o convencional en contrario. Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, el deudor puede pagar la parte líquida (la parte líquida es la que está establecida en monto o cantidades de cosas; la ilíquida es la que depende de una liquidación o cálculo, como son, por ejemplo, las costas del proceso judicial).

Puntualidad: El art. 871 CCyC, referido al tiempo del pago, establece una serie de pautas a seguir:

1.- Si la obligación es de exigibilidad inmediata, el pago debe hacerse en el momento de su nacimiento;

2.- Si hay un plazo determinado, cierto o incierto, el pago debe hacerse el día de su vencimiento.

El plazo es cierto cuando fija una fecha, e incierto cuando depende de alguna circunstancia o hecho a ocurrir (ej. el comodatario deberá devolver el inmueble que le fue dado en préstamo cuando regrese al país el hijo del comodante).

3.- Si el plazo es tácito, el pago debe hacerse en el tiempo en que, según la naturaleza y circunstancias de la obligación, debe cumplirse.

En este caso, el tiempo del pago surge de las circunstancias particulares de la obligación (por ej., la compraventa de cosa futura en la que la entrega depende del tiempo de la cosecha). La ley remite

a la costumbre *secundum legem* (a los usos) y a la buena fe, de acuerdo con lo dispuesto por los arts.2°, 9° y 729 del CCyC ¹⁰.

4.- Si el plazo es indeterminado, en el tiempo que fije el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local (sería, por ejemplo, el caso en que el deudor se hubiera obligado a pagar cuando mejorara de fortuna).

El pago anterior al vencimiento del plazo no da derecho a exigir descuentos. De modo tal que, si el deudor decide renunciar al beneficio del plazo y efectuar el pago antes, no puede pretender, por ejemplo, que el acreedor le haga un descuento de intereses (conf. art. 872 CCyC).

Localización: Determinar el lugar de pago de la obligación resulta importante porque determina la ley aplicable y la competencia del juez que habrá de entender en caso de conflicto.

El lugar de pago es el que las partes pactaron de manera expresa o tácita (art. 873 CCyC). Si nada pactaron, el art.874 especifica que será lugar de pago el domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación. Esta última regla no se aplica cuando la obligación sea de dar cosa cierta, porque en ese caso será lugar de pago aquel en que la cosa se encuentre habitualmente.

Sujetos del pago: En principio, quien posee legitimación activa para el pago, es decir quien tiene derecho a pagar es el deudor, para así liberarse y extinguir la obligación; sin embargo, la ley también habilita el pago por terceros, interesados o no.

El art. 881 CCyC establece: “La prestación también puede ser ejecutada por un tercero, excepto que se hayan tenido en cuenta las condiciones especiales del deudor, o hubiere oposición conjunta del acreedor y del deudor...”.

Tercero interesado es la persona a quien el incumplimiento del deudor puede causar un menoscabo patrimonial, y por tanto, está habilitado a pagar aun contra la oposición individual o conjunta del acreedor y del deudor. Es tercero interesado, por ejemplo, el adquirente de una cosa donada con cargo, que ve amenazado su derecho por el incumplimiento del cargo por parte del donatario. En ese caso, el tercero cumple con el cargo (pago) y evita así que pueda ser revocada la donación. Otro ejemplo de tercero interesado es el del tenedor de un inmueble hipotecado (comodatario), que, ante el incumplimiento del pago por parte del comodante, procede a cancelar el crédito y evita así que el acreedor ejecute la hipoteca que recae sobre el inmueble que ocupa.

¹⁰ NEGRI, Nicolás J., en RIVERA, Julio C-MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, T°.III, p.277/8.

En cuanto a los terceros no interesados, es decir, a quienes el incumplimiento del deudor no les causa ningún menoscabo patrimonial, pueden realizar el pago siempre que no exista oposición conjunta de acreedor y deudor.

Es importante aclarar que el pago efectuado por tercero solamente satisface el interés del acreedor, pero no extingue la obligación. El deudor lo seguirá siendo, pero ahora del tercero que efectuó el pago.

En cuanto a la legitimación pasiva para recibir el pago le cabe al acreedor o al cesionario (la persona a quien el acreedor le ha cedido el crédito). También puede ocurrir que un juez haya embargado el crédito del acreedor, en cuyo caso, el deudor se liberara de la deuda efectuando el pago a la orden del Juzgado (conf. art. 883 CCyC).

Mora: Es el retardo imputable en el cumplimiento de la obligación.

Para que exista mora, debe existir demora en el cumplimiento; tal demora debe resultar imputable al deudor (la imputabilidad del retardo podrá ser subjetiva u objetiva) y debe mediar constitución en mora del deudor. Estos son los requisitos necesarios para que se configure la mora.

Habrà imputabilidad subjetiva, cuando la demora se debe a la culpa o dolo del deudor, como sería, por ejemplo, el caso de que aquél se hubiera comprometido a efectuar la reparación de un automóvil y por desidia o mala gestión no hubiera encargado los repuestos necesarios con la debida antelación, o el profesional contable que hubiere comprometido la elaboración de una auditoría y, debido a su mal cálculo o a no haber tomado una verdadera dimensión del trabajo que tenía por delante comprometió un plazo que no puede cumplir. Existe en estos casos un compromiso de conducta por parte del deudor, para arribar al resultado que satisface la expectativa del acreedor, y esa conducta no se lleva a cabo por negligencia, impericia o imprudencia o porque, decididamente, el deudor no quiere. El art.774 CCyC, referido a la prestación de un servicio (dentro de las obligaciones de hacer y de no hacer), ofrece algunos ejemplos del tipo de compromiso que asume el deudor.

La imputabilidad será objetiva cuando lo comprometido es un resultado. En este sentido, el art.1723, referido a la responsabilidad objetiva, establece: "Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva". Son ejemplos la falta de entrega de la cosa comprada, la falta de pago de la cuota del crédito, etc.

El principio general establecido en el art.886 CCyC dispone que la mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación.

La regla general, entonces, es la mora automática, que opera sin necesidad de interpelación (requerimiento categórico del pago por parte del acreedor; es una exigencia de pago). La constitución en mora (tercer requisito para la configuración de la mora) se da por el mero transcurso del tiempo.

El art. 887 prevé algunas excepciones a esta regla: “La regla de la mora automática no rige respecto de las obligaciones:

- a) sujetas a plazo tácito; si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, en la fecha que conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse;
- b) sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho; si no hay plazo, el juez a pedido de parte, lo debe fijar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

Para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora (daños e intereses), el deudor debe probar que no le es imputable, cualquiera sea el lugar de pago de la obligación (conf. art.888 CCyC).

Hasta aquí nos hemos referido a la mora del deudor y sus requisitos. Corresponde ahora ver cuándo existe mora del acreedor.

El acreedor incurre en mora –dispone el art.886 última parte- si el deudor le efectúa una oferta de pago, que reúna los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización (art. 867) y se rehúsa injustificadamente a recibirlo. En este caso, el acreedor será responsable por los daños resultantes de su obrar.

b) Compensación

La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas, por propio derecho, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta el monto de la menor, desde el tiempo en que ambas obligaciones comenzaron a coexistir en condiciones de ser compensables. (art. 921 CCyC)

Existen distintas especies de compensación:

Legal: Procede en caso de que ambas partes deban prestaciones de dar. Además, los objetos que comprenden tales prestaciones deben resultar homogéneos (debe tratarse de cosas fungibles, es decir intercambiables unas por las otras de la misma especie y calidad, como por ejemplo el dinero, cereales de determinada calidad, arena de cierta granulometría, etc). Ambos créditos deben ser exigibles y disponibles libremente (no lo serían si una de las deudas estuviese sometida a plazo y éste no se hubiera cumplido o si, por ejemplo, pesare un embargo sobre la cuenta corriente bancaria de quien tiene que cumplir con la entrega de una suma de dinero).

Convencional: Se rige por la autonomía de la voluntad y las partes pueden acordar libremente compensar deudas recíprocas. El límite a esta compensación está dado por la previsión del art. 930 CCyC, que establece cuáles son las obligaciones no compensables (vgr. las deudas por alimentos, las obligaciones de hacer y de no hacer, etc.).

Facultativa: La compensación facultativa actúa por la voluntad de una sola de las partes, cuando ella renuncia a un requisito faltante para la compensación legal que juega a favor suyo. Produce sus efectos desde el momento en que es comunicada a la otra parte (conf. art. 927 CCyC). Así, por ejemplo, una de las partes debe una suma de dinero y la otra una cosa cierta. Se trata, en principio de obligaciones no compensables en razón de que el objeto de ambas prestaciones no resulta homogéneo, sin embargo, aquella que debe una cosa cierta renuncia al requisito faltante, que juega a su favor, y acepta la compensación.

Judicial: Dispone el art. 928 CCyC: "Cualquiera de las partes tiene derecho a requerir a un juez la declaración de la compensación que se ha producido. La pretensión puede ser deducida simultáneamente con las defensas relativas al crédito de la otra parte o, subsidiariamente, para el caso de que esas defensas no prosperen".

Es, en definitiva, la sentencia judicial la que ha de hacer lugar a la compensación solicitada por alguna de las partes del juicio, justamente porque se da en el caso la falta de alguno de los requisitos de procedencia de la compensación legal.

c) **Confusión**

Este modo de extinción de las obligaciones se da cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona y en un mismo patrimonio. La obligación queda extinguida, total o parcialmente, en proporción a la parte de la deuda en que se produce la confusión. (ver arts. 931 y 932 CCyC).

Especies. Esta institución puede ser analizada desde dos puntos de vista:

a) Desde el punto de vista del hecho que le da origen, la confusión puede ser por sucesión a título universal o por sucesión a título particular.

La primera situación se produce cuando el único heredero en una sucesión por causa de muerte recibe entre los bienes del sucesorio un crédito que el fallecido tenía contra él; de tal forma, el heredero pasa a ser acreedor de sí mismo y por esa causa la obligación se extingue.

El segundo supuesto se da, por ejemplo, cuando una persona libra un cheque de pago diferido en favor de su acreedor; éste a su vez, lo endosa a favor de un tercero. Antes del vencimiento del cheque, el último que lo recibió lo endosa a favor del librador en pago de una deuda. De esta forma, el librador del cheque (titular de la cuenta corriente bancaria) pasa a ser deudor de sí mismo, con lo cual se extingue la obligación.

b) Desde el punto de vista de su extinción, la confusión puede ser total o parcial. En este sentido, el art. 932 CCyC establece que “La obligación queda extinguida, total o parcialmente, en proporción a la parte de la deuda en que se produce la confusión”.

Supongamos que nos encontramos ante una obligación simplemente mancomunada de objeto divisible (varios deudores de una misma deuda de dinero, que se divide entre ellos por partes iguales). Al fallecimiento del acreedor, uno de los deudores lo sucede como heredero. En este caso, la porción de deuda que debía pagar ese deudor se extingue por confusión.

d) Novación

La novación es el modo de extinción de la obligación por la creación de una nueva, destinada a reemplazarla. La voluntad de novar es requisito esencial de la novación. En caso de duda, se presume que la nueva obligación contraída para cumplir la anterior no causa su extinción (conf. arts. 933 y 934 CCyC).

La extinción de la primaria obligación condiciona el nacimiento de la nueva y viceversa. De esta forma, si la obligación primaria resultara nula, la segunda no nacería.

Damos un ejemplo: una persona adeuda a su banco una determinada suma, originada en la falta de pago de la tarjeta de crédito otorgada por tal entidad. Toda vez que la tasa de interés que se aplica en estos casos es muy alta, el banco negocia con el deudor cancelar la tarjeta y otorgarle un crédito por el monto de la deuda acumulada. De este modo, la primaria obligación queda extinguida y novada en una nueva obligación: el préstamo, que el deudor deberá devolver en cuotas, con una tasa de interés más accesible.

La novación extingue la obligación originaria con sus accesorios. El acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva; tal el caso, las garantías pasan a la nueva obligación sólo si quien las constituyó participo en el acuerdo novatorio (art. 940 CCyC).

Imaginemos que, en un contrato de locación de inmueble, un amigo o familiar del locatario se constituye en fiador de las obligaciones asumidas por aquél. Al tiempo, el locatario pierde su trabajo y necesariamente debe dejar el departamento. Como existe una deuda por alquileres y por la indemnización que la ley prevé para el caso de rescisión anticipada, las partes acuerdan que con la entrega del departamento por el inquilino se pone fin al contrato de locación y a las obligaciones derivadas del mismo. Paralelamente, entre las partes suscriben un contrato de mutuo (préstamo de dinero), por el monto a que asciende la deuda. El antiguo locatario se compromete a devolverlo en varias cuotas, con más intereses, y el fiador del contrato de locación, también se constituye en fiador de este mutuo, haciéndose cargo de las obligaciones si el mutuario no paga las cuotas del préstamo.

e) Dación en pago

La obligación se extingue cuando el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diversa de la adeudada (art. 942 CCyC). Por ejemplo, el comerciante que debe a su proveedor, en pago de la deuda le entrega mercadería que tiene en stock.

La dación en pago se rige por las disposiciones aplicables al contrato con el que tenga mayor afinidad. El deudor responde por la evicción y los vicios redhibitorios de lo entregado (conf. art. 943 CCCN).

f) Renuncia a los derechos conferidos por la ley

Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no esté prohibida y sólo afecte intereses privados (conf. art. 944 CCyC). Daremos un ejemplo: una persona es lesionada por un automóvil al cruzar la calle. El conductor asiste al herido, lo lleva a un hospital, se hace cargo de los gastos médicos y se preocupa por el estado de salud del damnificado durante la convalecencia. Una vez restablecido, el afectado, en reconocimiento por la buena actitud demostrada, entrega una declaración escrita al causante del daño en la que expresa su renuncia a efectuar reclamos a futuro como consecuencia del accidente.

g) Remisión de deuda

El art. 950 CCyC establece: “Se considera remitida la deuda, excepto prueba en contrario, cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el documento original en que consta la deuda...”.

Se trata de un verdadero “perdón de la deuda”. Se da este caso cuando el acreedor, por ejemplo, entrega a su deudor los pagarés que todavía se encuentran impagos.

h) Imposibilidad de cumplimiento.

La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. En cambio, si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados (art. 955 CCyC).

Así, por ejemplo, si se contrata a un artista famoso para realizar una escultura que habrá de ser parte de un monumento y el artista muere, se habrá producido la imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito que exige el artículo.

6. RESPONSABILIDAD CIVIL: CONCEPTO.

Tradicionalmente, la responsabilidad civil ha sido conceptualizada como el deber jurídico de reparar los efectos del daño causado a otro, como consecuencia de un incumplimiento de naturaleza contractual o extracontractual (actos ilícitos). Esta concepción determinaba que el ámbito de la responsabilidad civil se limitara exclusivamente a la reparación del patrimonio afectado como consecuencia del daño. El Código Civil y Comercial ha innovado en esta materia y, actualmente, se atribuye a la responsabilidad civil, además de la función resarcitoria (la que opera frente a la existencia del daño), una función preventiva, que cobra virtualidad antes de que el daño se produzca, y se traduce en un deber general de hacer cuanto esté al alcance de cada uno para evitarlo (por ej., no incurrir en conductas que afectan los derechos de los consumidores y usuarios; no afectar la imagen o intimidad de una persona; no efectuar publicidad engañosa de productos o mercaderías, etc.).

Función de prevención.

El art. 1710 CCyC se refiere expresamente al deber de prevención del daño: “Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado

b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

La acción preventiva procede cuando una conducta (acción u omisión) antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (conf. art. 1711 CCCN). Quien accione judicialmente en prevención del daño recurrirá, por lo general, a una medida autosatisfactiva o a una acción de amparo.

La medida autosatisfactiva procede en casos de urgencia impostergable en los que existe un alto grado de certidumbre en el sentido de que, si no se hace lugar a la acción, el daño ocurrirá. A diferencia de las medidas cautelares, que tienden a asegurar un derecho que se hace valer en una demanda principal, en la medida autosatisfactiva, puede no existir una acción principal, justamente, porque lo que se pide coincide con la eventual sentencia que podría dictarse en un proceso judicial común. La medida autosatisfactiva es excepcional, *in extremis* y puede dictarse inaudita parte.

En cuanto al amparo, de acuerdo con el art. 43 de la Constitución Nacional, toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.

Función resarcitoria: concepto

El art.1716 CCyC dispone: “la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

Tal como se ha dicho al inicio del punto en tratamiento, la función resarcitoria presupone la existencia de un daño y genera la obligación de repararlo.

Presupuestos de la responsabilidad civil

Para que exista responsabilidad civil deben darse los siguientes presupuestos de forma concurrente:

a) Acción u omisión antijurídica

Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

Una conducta será antijurídica no solamente cuando viole la norma sino que será antijurídica si causa un daño a otro; es decir que si el daño no está justificado (estará justificado, por ejemplo, cuando el agente actúa en legítima defensa), habrá antijuridicidad.

El acto antinormativo o antijurídico puede serlo tanto en el ámbito extracontractual como en función del incumplimiento contractual.

El sustrato ético de la norma según la cual las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma (art.1197 del Código de Vélez), que no es otro que “hacer honor a la palabra empeñada”, ha sido elevado a categoría normativa y, no ajustándose el obrar a dicho precepto, la conducta adquiere una trascendencia jurídica negativa, transgrede las disposiciones del ordenamiento, se torna antinormativa, ilícita en su materialidad ¹¹. En el plano de los actos ilícitos, la antijuridicidad es obvia. El sustrato ético de la ilicitud del obrar es la violación del deber genérico de convivencia social de “no dañar a otro”.

b) Imputabilidad

La acción que genera el daño debe ser “imputable” al agente que lo causa; es decir, debe serle atribuible. Existen al respecto dos factores de atribución en el ámbito de la responsabilidad: subjetivo y objetivo. Veremos sucintamente cada uno de ellos.

Factor de atribución Subjetivo, donde el obrar del sujeto resulta esencial, recurriéndose a la atribución de la responsabilidad a título de culpa o dolo.

La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. (art.1724 CCyC).

Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las

¹¹ ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad Civil*, 3ra.edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p.69/70.

partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad por la condición especial del agente (art. 1725 CCCN).

Factor de atribución Objetivo, cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable sólo puede liberarse de la responsabilidad demostrando que el autor del daño es un tercero por el que no debe responder o que tal daño ocurrió por caso fortuito o fuerza mayor, excepto disposición legal en contrario (conf. art.1722).

Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad también es objetiva (conf. art.1723). Así, en el contrato de transporte el transportista se obliga a transportar sano y salvo al transportado a su lugar de destino. Si dicha situación no sucede, el transportista deberá responder en forma objetiva, es decir con prescindencia de si actuó con culpa o no.

Nuestro Código establece que el principio general en materia de imputabilidad es el subjetivo (art. 1721 CCyC), quedando el objetivo para los supuestos que expresamente prevea la ley.

c) Daño

Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737 CCyC).

La reparación del daño debe ser plena, y consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso. Debe contemplar tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial (moral).

d) Relación de causalidad

Dispone el art. 1726 CCyC: “Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.”

Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas (nuestro código se enrola en la teoría de la causalidad adecuada) se llaman en este código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales” (art. 1727 CCyC).

Supongamos que un automóvil atropella a una persona mientras cruza la calle produciéndole un traumatismo en una pierna. Consecuencia de este hecho el peatón dañado es conducido al hospital. No hay duda de que el conductor y el titular del automóvil deberán responder por el daño producido

a dicha persona (los daños directos derivados del golpe, el lucro cesante por los días que se vea imposibilitado de trabajar, la eventual invalidez resultante). Ahora, si por hipótesis imaginamos que el hospital donde fue internado el damnificado se incendia y éste fallece como consecuencia del siniestro, nadie podría responsabilizar al conductor y/o titular del vehículo embistente por la muerte del peatón, ya que concretamente no existe una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño ocasionado.

Principios de la Responsabilidad Civil

La estructuración de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico se da a través de algunos principios básicos que a continuación detallamos.

a) **Relatividad de los derechos subjetivos:** No existen derechos absolutos. Los derechos de las personas reconocen limitaciones y restricciones establecidas por la ley, ello con fundamento en necesidades de convivencia social.

b) **Reserva:** Todo lo que no está prohibido está permitido. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de hacer lo que ella no prohíbe (principio consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional).

3) **Nemimen laedere:** Es la locución latina con la que se sintetiza el principio de “no dañar a otro”. La violación de este principio general constituye un acto ilícito que, a su vez -como ya hemos visto-, genera la obligación de reparar el daño ocasionado.

Este principio receptado por el art. 1716 CCyC ha sido reiteradamente reconocido y definido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como ligado a la idea de reparación. Así lo encontramos en los casos “Santa Coloma” Fallos 308:1160, “Aquino” Fallos 327:3753, “Díaz Timoteo” Fallos 329:473, entre muchos otros.

4) **Imputabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva como excepción:** Tal como ya dijéramos, la regla en nuestro ordenamiento es la imputabilidad subjetiva (atribución de responsabilidad a título de culpa o dolo); ello sin perjuicio de la aplicación de la imputabilidad objetiva para los supuestos expresamente dispuestos por la ley.

La evolución tecnológica y la aparición de nuevos daños, ha generado en las legislaciones la necesidad de atender más a la dimensión y trascendencia social o comunitaria del daño, que a la actuación subjetiva de quien pueda haber participado en su causación. El factor de atribución objetiva de responsabilidad ha ido ganando espacio en aquellas situaciones en que a los Estados les interesa hacer hincapié en la magnitud del perjuicio y sus graves consecuencias colectivas.

En los últimos años, la mayoría de las legislaciones ha consagrado, para casos especiales, criterios de imputabilidad objetiva. Esto es, basta la relación de causalidad entre un daño y el hecho que lo causó para responsabilizar al autor del hecho, aunque no haya existido culpa o dolo de su parte (ej.: daños nucleares; contaminación de aguas por vertimiento de hidrocarburos; etc.).

5) **Agravación en caso de dolo**

La ley trata con mayor rigor a quien ha querido causar el daño que a quien sólo actuó en forma culposa.

6) ***Pacta sunt servanda, rebus sic stantibus***

Es un principio acuñado por el derecho romano, según el cual los contratos deben ser cumplidos por las partes siempre que se mantengan intactas las condiciones en que los mismos se celebraron. Esto quiere decir que si, por circunstancias posteriores, ajenas al perjudicado, el contrato se torna excesivamente oneroso para una de las partes, podrán dejarse sin efecto o recomponerse las prestaciones para que no haya perjuicio. La denominada Teoría de la Imprevisión, de alguna forma, hace aplicación de dicho principio romano (art.1091 CCyC).

7) **Buena Fe**

El art. 9 del CCyC establece que los derechos deben ser ejercidos de buena fe. Esta fórmula adoptada por la actual normativa vigente alcanza a todos los institutos del derecho privado. “...Tradicionalmente fue una regla específica relacionada con supuestos de hecho concretos en el campo de las obligaciones, los contratos, los derechos reales y otros, pero ahora se la generaliza”¹²

¹² LORENZETTI, Ricardo L. en LORENZETTI, Ricardo L. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, T.I, p.53.

UNIDAD TEMÁTICA V.

RELACIÓN NEGOCIAL-CONTRACTUAL

por Martín Lecumberri

1. PRESUPUESTOS DEL CONTRATO.

“Nuestro sistema de economía capitalista se edifica en torno al “derecho de propiedad privada”, que implica reconocerle al individuo la posibilidad de acceso al dominio de los recursos, bienes y servicios. Con esta premisa, la contratación privada nace paralelamente como herramienta para el intercambio de los bienes y servicios. La contratación privada rescata así, como motor fundamental a la autonomía privada, a la que le acuerda una amplitud de manejo, en un principio, sólo en beneficio individual; pero con el devenir de los tiempos ello ha ido recorriendo el camino hacia un interés más social, en el cual el individuo es el motor de intercambio, aunque el Estado no puede soslayar su intervención, al menos, como garante de los derechos fundamentales basados en la dignidad del hombre. En esta circulación de bienes y servicios en la sociedad está la base de los “negocios económicos”, es decir, los actos por los cuales se vinculan los particulares. Con la aceptación de la propiedad privada y la necesidad de acceso individual a los bienes y servicios, el legislador pergeñó, a través de las normas, la concepción de la autonomía privada como “poder normativo”¹³.

El contrato moderno. El hecho económico como necesidad para la contratación. El contrato y su inserción en el sistema de la economía capitalista.

Si bien el contrato moderno es el producto de una larga evolución que comienza en el Derecho Romano y se extiende hasta nuestros días, debemos poner de resalto que los hechos que han determinado el surgimiento del concepto actual de contrato son los cambios sociales, en general, y económicos, en particular, operados por el tránsito de los sistemas de producción agrícola a los sistemas de producción industrial sucedidos durante la edad moderna; particularmente los ocurridos en los siglos XVII y XVIII.

Ahora bien, estas transformaciones no se produjeron de manera aislada en la superestructura, sino que fueron impulsadas por los fuertes cambios ocurridos dentro de la infraestructura económica, que llevaron a una intensificación en las relaciones de cambio: el advenimiento del capitalismo, la revolución industrial, el pujante avance de la burguesía, etc. Conforme fue expresado por el jurista y sociólogo británico Henry Summer Maine: las sociedades primitivas se basaban en el status,

¹³ LOVECE, Graciela-GHERSI, Carlos A. y colaboradores, *Derecho Económico*, Errepar, Buenos Aires, 2013, p.304/5.

mientras que las sociedades modernas lo hacen en el contrato. El proceso se consolida durante el siglo XIX por el fenómeno de la codificación, con el Código Civil francés a la cabeza.

Esta nueva concepción del contrato, de neto corte liberal, se asentó en cuatro postulados o “principios”: 1) la libertad de los contratantes (cada persona puede decidir libremente si contrata o no, con quién hacerlo y qué contenido le dará al acuerdo. El Estado debe abstenerse de interferir en el ejercicio de esa libertad); 2) la igualdad contractual (partiendo de la igualdad de los ciudadanos, los acuerdos libres celebrados entre partes iguales garantizan la justicia del contrato); 3) la fuerza obligatoria del contrato (por ser el fruto de la libre elección entre iguales, el contrato es obligatorio. Los jueces no pueden revisar su contenido); y 4) el equilibrio espontáneo del libre mercado (las leyes del mercado rigen la conducta de los contratantes y son el mejor camino para alcanzar la prosperidad y el bienestar de las naciones. El Estado debe abstenerse de interferir en el libre juego de las fuerzas económicas y sociales; debe “dejar hacer y dejar pasar”).

A partir del siglo XX la concepción moderna del contrato entra en “crisis”. Puesto de manifiesto como resultado de los cambios sociales y económicos de la nueva centuria, pudo comprobarse que la igualdad formal no siempre implica igualdad real, y que en la materialidad de los hechos, las partes del contrato no suelen acordar libremente el contenido el acuerdo, sino que el fuerte se lo impone al débil.

Ante esta evidencia, el Estado comienza a intervenir en los contratos para proteger al “débil jurídico”. Irrumpe el “dirigismo contractual” restringiendo la autonomía privada. El dogma decimonónico de la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de los contratos muestra sus límites y se fisura. La intervención estatal que en la concepción liberal del contrato era mínima y “ex-post”, se expande. Con el nuevo paradigma (el surgimiento de los contratos por adhesión y los contratos de consumo), la intervención del Estado resulta “ex-ante” y se intensifica la regulación contractual (se dictan normas protectorias para compensar la desigualdad de fuerzas de los contratantes, se crean organismos de control, se establecen sanciones, etc.).

En su nuevo rol el Estado “dirige” al contrato, velando por que la libertad para contratar y la libertad contractual se ejerzan regularmente, sin desmadrarse. Las expresiones más relevantes de esta intervención estatal son las siguientes: 1) incremento de las normas imperativas, 2) fuerte control del Estado, 3) predeterminación del contenido básico de ciertos contratos, y 4) control judicial de los acuerdos.

A pesar de los cambios apuntados, el contrato sigue siendo el instrumento por excelencia que canaliza la circulación de bienes; junto con el derecho de propiedad, es uno de los protagonistas del funcionamiento de los mercados. “De allí que quepa afirmarse que el contrato no ha muerto ni se halla en situación de ‘crisis’. Por el contrario, se recrea y se halla en pleno apogeo”.

La Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial

“La libertad de comercio fue una de las palancas que imaginó el constituyente originario para poner en movimiento la economía argentina. El capitalismo de mediados del siglo XIX era ya un capitalismo industrial (basado en la generación de manufacturas) pero no había dejado de ser - menos aun en estas tierras remotas- un capitalismo también mercantil, basado en el intercambio de mercancías...La Constitución de 1853/60 dedica, con una insistencia que es prueba de su relevancia, varios artículos a la libertad de comercio bajo el signo de la prohibición de aduanas interiores, la libre circulación económica y el libre tránsito de mercaderías y medios de transporte de la riqueza. Para la concepción liberal, dominante en la época de la sanción de la Constitución originaria de 1853/60, el contrato, en tanto expresión típica del funcionamiento del mercado, era la fuente normativa ordinaria de las relaciones comerciales. El principio dominante e indiscutible en la época era la autonomía de la voluntad...En ese marco ideológico, la regulación legal-estatal de los contenidos del contrato debía ser excepcional, encontrando justificación sólo en la necesidad de preservar el orden, la moral pública y los derechos de terceros...La dinámica del capitalismo y sus “efectos no queridos” de concentración económica y desigualdad social incidieron definitivamente sobre las tres exteriorizaciones típicas del concepto clásico de contrato: 1) La libertad de elegir el cocontratante..., 2) la libertad de celebrar el contrato... y 3) la libertad de determinar el contenido del contrato...La incidencia regulatoria del Estado argentino en la autonomía de la voluntad comenzó a percibirse a principios del siglo XX con el dictado de la legislación de protección laboral...La reforma de 1994 consolida la nueva relación entre Sociedad y Estado, consagrando parámetros intervencionistas que –sin desconocer la vigencia de las libertades civiles y los pilares del capitalismo- asumen un rol proactivo del poder público no sólo para corregir inequidades, sino para generar condiciones de igualdad y solidaridad” ¹⁴

La reforma del año 1994 dio rango constitucional a los derechos del consumidor. El art.42 C.N. dispone: “Los consumidores y los usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de

¹⁴ ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p.425/9.

consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno...". Ello colocó a los Redactores del Código Civil y Comercial ante la incertidumbre de hallar la mejor solución posible para la regulación de los contratos. ¿Correspondía dictar las normas regulatorias de los contratos discrecionales (donde las partes, en principio, se encuentran en igualdad de condiciones para discutir las cláusulas) y dedicar algunos artículos a prever situaciones que adquirieran las características de un vínculo de consumo, o establecer una regla general protectoria, tal como si todos los contratos fueran de consumo?

Una y otra solución iba a tener consecuencias negativas. La primera, porque la gran evolución y amplitud alcanzada por la relación de consumo, exigía previsiones legales especiales. La segunda opción también era inconveniente porque distorsionaba gravemente el sistema, resultando inadecuado aplicar este régimen a la contratación entre empresas para la construcción de un puente, el desarrollo de tecnología, el aprovisionamiento o cualquier vínculo semejante.

La solución adoptada por los Redactores del CCyC, finalmente, fue la de regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo). De allí, entonces, la necesidad de incorporar su regulación en la Parte General de los Contratos. Es así que el CCyC regula los contratos civiles, los comerciales y de consumo, distinguiendo el tipo general del contrato de consumo (Fundamentos el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que fuera elevado al Poder Ejecutivo).

"La libertad de contratación tiene explícito reconocimiento en el CCyC cuando afirma que "Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art.958) y cuando sostiene que "las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible" (art.962)...Finalmente, en lo que al prisma constitucional concierne, el CCyC sostiene que "Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante" (art.965). La cláusula parece vincular el status que consagra con la noción de "derecho adquirido" que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido del siguiente modo: "existe un derecho adquirido cuando durante la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en aquella para ser titular de un

determinado derecho, de manera que la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto, que se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado en el art.17 de la CN” ¹⁵.

Los usos y costumbres. La Ley de Defensa del Consumidor

La costumbre jurídica, según hemos visto en el punto 1. De la Unidad Temática I, es, junto a la ley, una de las fuentes primarias del Derecho.

En materia contractual, los usos y costumbres jurídicas resultan de aplicación cuando las partes contratantes se refieran a ellas, para aplicarlas en ciertas circunstancias (cuando en los contratos, por ejemplo, se hace referencia a que la entrega de la mercadería se hará según los usos de plaza) o bien cuando las partes no hayan previsto la situación y exista un uso (generalmente comercial) referido a la cuestión no reglada.

“Los usos y costumbres interpretativos y usos integrativos del contrato, cuya eficacia surge de la práctica seguida en forma constante en la concertación de determinados negocios, obligan a las partes contratantes con independencia de su voluntad. Prevalecen sobre las leyes interpretativas y deben ser alegados y probados” ¹⁶.

Es de destacar que los mencionados principios básicos, con vigencia en los contratos en general, no resultan de aplicación en materia de contratos de consumo, toda vez que, por las características de estos contratos, los usos y costumbres han sido generados por la parte económica y técnicamente fuerte de la contratación, que es la que impone las condiciones (generalmente mediante la forma de adhesión) al consumidor o usuario.

El carácter protectorio contenido en la Ley de Defensa del Consumidor (N°24.240 y modificatorias), impide que tales usos y costumbres se integren al contrato en desmedro de los derechos del consumidor y del usuario. El art.3 de dicha ley lo expresa claramente: “...Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen

¹⁵ ROSATTI, 443/4.

¹⁶ BONFANTI, Mario A., “Los usos bancarios”, en Revista Jurídica del Banco de la Nación Argentina, N°47, p.38.

por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”.

En relación con la referencia a las condiciones admitidas por los usos, debiéramos recordar que son las empresas quienes generan tales usos y en algunas situaciones con la complicidad de los organismos competentes del Estado en materia de Defensa del Consumidor ¹⁷.

2. EL CONTRATO Y SU CONTENIDO ECONÓMICO

Según el Art. 957 CCyC, “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

El nuevo Código Civil y Comercial consagra en el plano legislativo la noción de contrato que la doctrina y jurisprudencia nacionales habían conformado durante la vigencia del Código de Vélez. Superando las críticas formuladas a la ley anterior, la nueva definición legal recepta el criterio amplio impuesto mayoritariamente en la doctrina contractual moderna, conforme al cual “contrato” es toda convención jurídica (acto jurídico bilateral) susceptible de producir cualquier efecto patrimonial entre las partes (obligacional o no), comprendiendo en el concepto a las convenciones que crean las relaciones jurídicas patrimoniales, como también aquellas que las modifican (la novación), las que las transmiten (la cesión), e incluso aquellas que las extinguen (el distracto).

La materia regulada por el contrato sólo puede tener contenido patrimonial; los contratos generan relaciones jurídicas patrimoniales. Los actos jurídicos bilaterales carentes de contenido económico inmediato (ej. el matrimonio), no son contratos. Tampoco tiene importancia a qué categoría del derecho patrimonial se refiere la relación jurídica; de acuerdo al mencionado criterio amplio del instituto, el contrato puede tener por objeto tanto derechos creditorios, como reales e intelectuales.

Los principios de la contratación

En el Derecho de los Contratos existen determinados principios generales que orientan la labor de los legisladores, los jueces y los ciudadanos cuando se encuentran avocados al tratamiento una relación jurídica de naturaleza contractual. Estos principios han sido incorporados a la totalidad de

¹⁷ GHERSI, Carlos A., “Inaplicabilidad de los arts.973 y 1121 del Código Civil y Comercial de la Nación a los contratos y relaciones de consumo”, en Microjuris.com (MJ-DOC-7218-AR), 8 de mayo de 2015.

los ordenamientos legales contemporáneos con la finalidad de encauzar, disciplinar o completar los negocios jurídicos que establecen los particulares y las empresas. Lejos del propósito de presentar una lista completa de las decenas de principios que rigen el Derecho de los Contratos, desarrollaremos sólo aquellos considerados por la doctrina mayoritaria como los más relevantes.

La autonomía de la voluntad

El Principio de la autonomía de la voluntad constituye la piedra basal de toda la materia contractual, y consiste en la cualidad de la voluntad en cuya virtud las personas al contratar tienen la facultad de autodeterminarse y regular sus propias conductas, dentro de los límites fijados por el ordenamiento legal.

La libertad de contratación

Con base en el principio de la autonomía de la voluntad surge el principio de la libertad de contratación, en virtud del cual los sujetos de las relaciones jurídicas pueden configurarlas en un ámbito de total libertad. Cada persona decide libremente si establece o no relaciones jurídicas, con quién y con qué contenidos.

El principio de la libertad de contratación tiene, como las caras de una moneda, dos formas de expresión: 1) la “libertad para contratar”, que es la facultad de contratar o no, y, en su caso, de elegir la persona del cocontratante; y 2) la “libertad contractual” (autorregulación) que es la atribución que tienen las partes para establecer el contenido del contrato y las reglas a las cuales han de quedar sometidas, sin otros límites que los impuestos por la ley, el orden público y la moral y buenas costumbres.

En tanto no traspasen los límites señalados, las partes son libres de contratar o no, y en su caso, de elegir los contenidos que resulten más adecuados para alcanzar sus intereses. Gozan del poder de crear el derecho aplicable al negocio. Para cumplir esta tarea, pueden incorporar al acuerdo normas del derecho público o del derecho privado nacional aplicables a los contratos; pueden importar normas del derecho extranjero ajustándolas al derecho interno; pueden finalmente, crear nuevos modelos de negocios que integren ambas fuentes.

El principio que se analiza es, como la autonomía privada, otra pauta esencial y surge de diversas normas del nuevo Código Civil y Comercial. La regla básica se establece en los arts. 958, 960 y 990, y sus límites regulatorios están demarcados por lo dispuesto en los arts. 12 y 963.

La buena fe contractual

Es uno de los principios generales del derecho privado (art. 9º del CCyC) y se lo considera un factor substancial en la moralización de las relaciones intersubjetivas. Se trata de una cláusula general que abarca el ejercicio de cualquier derecho o situación jurídica, sea ella derivada o no de un acto jurídico.

En el ámbito contractual, el Principio de la Buena Fe comprende dos aspectos:

- *un aspecto objetivo (la “Buena Fe Lealtad”) que implica el deber de los contratantes de obrar con probidad, como lo hace la gente honorable y correcta, actuando con cuidado y previsión. Tiene particular aplicación en el campo de los derechos creditorios; y

- *un aspecto subjetivo (la “Buena Fe Creencia”) que implica el deber de los contratantes de obrar persuadidos de la legitimidad y la apariencia de su título, siempre que tal convencimiento no provenga de su propia negligencia. La buena fe subjetiva tiene particular aplicación en el campo de los derechos reales.

Conforme al principio de la buena fe, “los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor” (art. 961 CCyC).

La buena fe contractual es, en primer término, fuente de deberes secundarios de conducta (información, confidencialidad, coherencia, cooperación) que se agregan a los deberes primarios privativos de cada contrato; actúa como límite al ejercicio de los derechos individuales de las partes y configura una regla de interpretación e integración del acuerdo.

Según el citado art. 961 CCyC: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe”. El deber de la buena fe gravita entonces en el desarrollo de todas las etapas de la vida del contrato. Se exige en la etapa de las negociaciones previas a su formación (art. 991 CCyC), la exigencia continúa durante el tiempo de la celebración del contrato, se extiende a la etapa de ejecución del acuerdo, y alcanza la etapa postcontractual para el supuesto en que las partes deban restituirse bienes empleados en la ejecución del negocio concluido. El principio de la buena fe es, asimismo, el criterio rector que guía la labor del intérprete de cada una de las disposiciones de la convención (art. 1061 CCyC).

Finalmente, el principio de la buena fe actúa como pauta para establecer los alcances de la regla de la obligatoriedad de los contratos o su “efecto vinculante” (art. 959 CCyC), dado que determina

cuáles son las consecuencias de las obligaciones asumidas por las partes, más allá del enunciado expreso de las estipulaciones del acuerdo que las vincula.

Límites y restricciones a la autonomía de la voluntad

Para que se verifique la libertad de contratación debe haber igualdad de oportunidades entre los contratantes y una relativa nivelación económica que permita a las partes tomar la decisión de contratar o no, así como la posibilidad de pactar libremente las reglas a las cuales han de quedar sometidas. Cuando la igualdad o el equilibrio económico desaparecen, o bien, cuando alguien debe contratar por necesidad, se crea una relación de parte pecuniariamente fuerte frente a otra débil, en la que esta última debe someterse a las condiciones que impone la primera, sin poder debatirlas o abstenerse de contratar. En este contexto, aparece la intervención del Estado procurando establecer un orden más justo.

La primera intervención estatal para corregir el aprovechamiento de los débiles por los fuertes tuvo lugar en el derecho laboral. Por vía de una legislación voluminosa y compleja, se impusieron cláusulas para los contratos de trabajo que entrañaron un claro límite a la autonomía privada de los contratantes.

La libertad para contratar aparece también seriamente limitada o suprimida en los denominados “contratos forzosos” que establecen ciertos ordenamientos. Tales, por ejemplo, el seguro obligatorio de responsabilidad civil para conductores de automotores, que establece la Ley de Tránsito; o la normativa establecida para las empresas prestadoras de servicios públicos de energía eléctrica, gas y agua potable, por la cual se les impone brindar el servicio a todos aquellos usuarios que lo soliciten.

Por su parte, la libertad contractual o autorregulación queda asimismo absolutamente conmovida por el surgimiento de los contratos por adhesión y los contratos de consumo.

En el actual ordenamiento, la autonomía privada no se percibe como el resultado de la supremacía absoluta de la voluntad de las partes, sino como un principio relativo y subordinado a límites que les son inherentes.

Los límites de la autonomía privada

Establece al respecto el art. 958 del CCyC: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

Las limitaciones mencionadas en la norma son las siguientes:

*Las Normas Imperativas

En el contenido de un contrato podemos distinguir tres tipos de normas: a) las normas particulares que son aquellas reglas que las partes establecen de modo expreso en ejercicio de su libertad contractual. Tales normas desplazan a las normas supletorias y ceden ante las normas indisponibles. b) las normas supletorias que son las normas previstas en el ordenamiento legal para suplir la voluntad de los contratantes en los aspectos no regulados mediante normas particulares. La mayoría de las normas que conforman la regulación de los contratos son de ese carácter. c) las normas imperativas (o indisponibles) que son aquellos preceptos establecidos en el ordenamiento legal que rigen por encima de las normas particulares y supletorias, y que, por tal motivo, no pueden ser dejadas de lado por los contratantes.

Según el art. 962 CCyC, para determinar si una norma legal es imperativa o supletoria debe atenderse a: 1) Su modo de expresión: por lo general, son las propias normas las que expresan el carácter imperativo de sus regulaciones. 2) Su contenido: se consideran imperativas o indisponibles las normas de orden público que regulan sobre temas tales como: atributos de la personalidad, matrimonio y uniones convivenciales, orden sucesorio, porción legítima de los herederos forzosos, derechos reales, entre otras materias. 3) Su contexto: se reputan imperativas las normas que regulan situaciones de emergencia, cualquiera sea su naturaleza.

*El Orden Público

El orden público ha sido definido como el conjunto de condiciones fundamentales de vida social que no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos. Es la resultante del respeto dado por los habitantes de una comunidad a aquellos principios y normas fundamentales de convivencia sobre los que reposa su organización.

En el ámbito jurídico el concepto de orden público tiene múltiples expresiones y varían según el contexto en que se lo analiza. En Derecho privado el orden público (en particular el orden público social) actúa como límite a la autonomía de la voluntad. En virtud de ello, resultan nulos los actos o contratos cuyo contenido sea contrario a los intereses colectivos de la comunidad. Según la regla del art. 12 del CCyC: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público".

Las leyes de orden público son todas imperativas dado que los particulares no pueden eludir su aplicación. Pero no toda norma imperativa es considerada de orden público (Ej. las normas que

determinan formas solemnes para ciertos contratos). Las normas de orden público están siempre condicionadas por la materia que regulan: los intereses colectivos de la comunidad (Ej. relaciones laborales, vivienda, familia, etc.).

***La moral y las buenas costumbres**

El recaudo de la moralidad y buenas costumbres resulta de la adecuación de la conducta de los contratantes a las reglas de la ética. Morelo enseña que por buenas costumbres se ha de entender aquellos hábitos inveterados de la sociedad que son conformes a la moral del Código. La moral extra-Código está solo reservada a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados (art. 19º de la Constitución Nacional).

Puede ocurrir que lo acordado libre y voluntariamente por las partes sea inmoral aunque no resulte estrictamente ilegal, es decir, que no contradiga lo dispuesto en una norma legal. La jurisprudencia nacional ha aplicado repetidamente este límite de la autonomía privada de los contratantes para reducir tasas de intereses considerados usurarios, así como para enervar la validez de cláusulas resolutorias (que extinguen el contrato) de aplicación leonina, y también para anular las cláusulas abusivas pactadas en los contratos por adhesión.

La fuerza obligatoria de los contratos

La principal consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad es la fuerza obligatoria del contrato.

Una vez cumplidos los analizados principios de la contratación (libertad, autorregulación y buena fe), a partir de la formación del consentimiento, el acuerdo asume su: “efecto vinculante”. En otras palabras, cuando las partes han adoptado la decisión de contratar con la/s persona/s libremente elegida/s; cuando ellas (observando los límites y restricciones a la autonomía de la voluntad) han fijado el contenido del contrato estableciendo los pactos y eligiendo las estipulaciones más adecuadas para la satisfacción de sus intereses; a partir de la oferta aceptada de contrato, el acuerdo adquiere fuerza obligatoria y los participantes están obligados a honrar el compromiso de la palabra empeñada o indemnizar a la contraparte por su incumplimiento.

Fundamentos de la fuerza obligatoria

La fuerza obligatoria del contrato se ha fundamentado con distintos argumentos

La Doctrina Canónica acuñó el aforismo *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga) y asimiló el incumplimiento contractual al pecado de mendacidad, por resultar violatorio del Octavo

Mandamiento. La nombrada Escuela de Derecho Natural recurriendo a la doctrina sociológica del “Pacto Social” sostuvo que, al constituir la vida en sociedad los hombres se habrían obligado a ser fieles a la palabra empeñada, de modo tal que, la obligatoriedad del contrato se encontraría en la obligatoriedad de la propia conducta: quien voluntariamente dicta su propia ley debe someterse a ella.

El Código Civil francés (Código Napoleón) receptó este último argumento y estableció la regla de su art. 1134: “Las convenciones legalmente formadas son ley para las partes”. Vélez Sarsfield mejorando el texto de su fuente -la ley francesa- dispuso en el art. 1197 del Código Civil argentino: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Sin recurrir a la referencia analógica de la ley, el art. 959 del nuevo Código Civil y Comercial recoge el mismo fundamento: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes”.

La fuerza obligatoria del contrato es un axioma del sistema jurídico y, como se expresó, constituye el corolario principal de la autonomía de la voluntad. Una vez formalizado el acuerdo, el mismo sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que en él se disponga; o por una convención posterior de los propios contratantes; o mediante alguno de los modos de extinción, modificación o adecuación del contrato previstos por la ley.

Dispone al respecto el Código Civil y Comercial: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé” (art. 959). Además, conforme al principio de la buena fe, “los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor” (art. 961).

Según el art. 960 del CCyC: “Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”.

Metodología de la regulación contractual en el Código Civil y Comercial: el contrato discrecional, por adhesión y de consumo

El Código Civil y Comercial incorpora una innovación legislativa importante en nuestro sistema legal: la introducción de una “Parte General de los Contratos”, separando las tres categorías que reconoce la doctrina contractual (el contrato paritario o discrecional, el contrato por adhesión a

cláusulas predispuestas y el contrato de consumo), lo cual es también una novedad metodológica dentro del derecho comparado.

En el Título II del Libro 3º del Código Unificado se establecen las normas que se aplican a los contratos discrecionales o paritarios. Estos son los contratos que tradicionalmente se emplean en el derecho civil y en el derecho comercial para regular las contrataciones entre empresas. Tales, por ejemplo, la construcción de caminos, el desarrollo de tecnologías, etc. Para regular estos contratos (arts. 971 y sig.), el nuevo régimen ha incluido principios de Unidroit (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) a fin de armonizar el derecho interno argentino con las normas que rigen la contratación internacional.

También son contratos discrecionales aquellos en los que las partes tienen la facultad de discutir libremente los términos del acuerdo. Suponen deliberaciones realizadas por personas con libertad de consentir o disentir las propuestas, que negocian entre “pares” y desde una posición económica y jurídica de relativo equilibrio (por ejemplo, compraventas inmobiliarias, de automóviles usados, de muebles hogareños, de antigüedades, etc.).

Dentro del Capítulo 3 de la 2ª Sección de este mismo Título II, hay normas especiales aplicables a los contratos celebrados por adhesión (arts. 984 y sig.), que son aquellos en los que una de las partes preestablece (prefija o predispone) los términos del contrato y la otra adhiere (o no) a la oferta, sin haber participado en la estipulación de sus cláusulas. Ej. contrato de seguros, contrato de transporte, de telefonía móvil, entre otros.

El Título III del Libro 3º del nuevo Código, se refiere a los contratos de consumo e incluye las normas generales aplicables a esta categoría contractual (arts. 1092 y sig.). Son contratos de consumo aquellos que establecen relaciones de consumo entre empresas y consumidores (finales), que adquieren productos o servicios en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Ej. compraventas de mercaderías en supermercados. Cualquier contrato (paritario o por adhesión), puede ser calificado como contrato de consumo si encuadra en la previsión del art. 1093 CCyC.

La dimensión que han alcanzado en nuestros tiempos las relaciones de consumo hace que los contratos de consumo constituyan un objeto diferente, una fragmentación de la tipología general y no un tipo especial de los contratos paritarios. Esta solución es, además, consistente con los postulados de la Constitución Nacional, que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales.

En el Título IV del Libro 3º del CCyC se legisla sobre los contratos en particular.

Más allá de la regulación contenida en el Código, existen algunos contratos en particular que son legislados en leyes especiales (p.ej: el contrato de seguro en la Ley N° 17.418, los contratos de utilización de buques, en la Ley 20.094 de la Navegación, etc.).

Clasificación de los Contratos

El Código Civil y Comercial legisla la clasificación de los contratos en los arts. 966 a 970. En general los códigos modernos omiten regular esta cuestión, que se considera tarea de la doctrina, pero dada su trascendencia jurídica el nuevo ordenamiento la ha incluido. La clasificación de los contratos es trascendente porque el correcto encuadre de un negocio jurídico en una u otra categoría, permite establecer cuál ha de ser su régimen, y en particular, cuáles serán los efectos que el negocio deberá producir.

La clasificación establecida en esta parte del Código actual corresponde sólo a los contratos paritarios.

Las categorías de la clasificación legal de los contratos son las siguientes:

Contratos unilaterales y bilaterales. Contratos plurilaterales

“Los contratos son unilaterales cuando una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada. Son bilaterales cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra” (art. 966 CCyC).

El criterio se asienta, entonces, en la creación de obligaciones: cuando ellas surgen para una sola de las partes el contrato es unilateral (Ej. donación simple, mandato gratuito, comodato); cuando el contrato crea obligaciones recíprocas y por ello todas las partes tienen que cumplir su respectiva prestación, el contrato es bilateral (Ej. compraventa, permuta, locación).

Conforme al párrafo final agregado al art. 966 CCyC: “Las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales”.

La categoría de los contratos plurilaterales ha tenido finalmente recepción legislativa y ha sido incorporada al nuevo Código Unificado al regular los contratos asociativos (arts. 1442 a 1478). Si bien existen similitudes entre estos contratos y los contratos bilaterales en cuanto a que ambos crean obligaciones para todas las partes de la convención, sus diferencias también son notorias. Mientras que en los primeros las partes tienen intereses coincidentes (tratan de alcanzar beneficios en un negocio conjunto), en los bilaterales los intereses de las partes son claramente contrapuestos.

Contratos a título oneroso y a título gratuito

“Los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes le son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra. Son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo” (art. 967 CCyC).

El criterio de la distinción se asienta aquí en la noción de “contraprestación”. Son onerosos los contratos en los que las partes se prometen ventajas patrimoniales recíprocas o beneficios mutuos (contraprestaciones), de modo que cada parte promete una prestación para obtener otra (“doy para que des”, “hago para que des”, etc.). Tales, por ejemplo, la compraventa (cosa por precio) o la locación de servicios (servicios por dinero). Son gratuitos, en cambio, aquellos contratos en los que la ventaja patrimonial que crea el acto favorece a una sola de las partes, independientemente de toda prestación a su cargo. Tales, por ejemplo, la donación o el comodato, que pueden incluso establecer el pago de una prestación accesoria por cuenta de quien recibe la ventaja, pero sin cualidad de contraprestación.

Contratos conmutativos y aleatorios

“Los contratos a título oneroso son conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas. Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto” (art. 968 CCyC).

La categoría contractual de los contratos conmutativos y aleatorios es una subespecie de los contratos onerosos. Recordemos que los contratos (unilaterales o bilaterales) son onerosos cuando las partes se prometen ventajas recíprocas o beneficios mutuos (contraprestaciones).

Los contratos onerosos son conmutativos cuando el valor de cada una de las prestaciones prometidas se conoce en el momento de contratar y ese valor guarda una relativa equivalencia económica con el que le corresponde a su contraprestación. De allí, entonces, la calificación de “conmutativos” de estos contratos con la que se quiere expresar que las partes del negocio intercambian o conmutan valores equivalentes. La certeza y el valor equivalente de las prestaciones son dos aspectos que se complementan en estos contratos, pero que no deben confundirse. Los contratos onerosos son naturalmente conmutativos. Ejemplos: la compraventa (salvo pacto expreso), la permuta, la locación, entre otros.

Son aleatorios, en cambio, los contratos onerosos en los que las ventajas o las pérdidas patrimoniales establecidas para al menos una de las partes se desconocen en el momento de

contratar y dependen de un acontecimiento futuro e incierto (el “alea” = del latín: la suerte, el azar). Tal acontecimiento podrá determinar para la prestación a cargo de una o ambas partes un valor igual, mayor o menor que el que le corresponde a su contraprestación. Ejemplos: contrato de renta vitalicia (el beneficio económico del deudor de la renta depende de la duración de la vida tomada como referencia), compraventa de cosa futura asumiendo el comprador el riesgo de que la cosa llegue a existir, contrato de seguro, contrato de medicina prepaga, rifas y sorteos, etc.

Contratos con formas libres y con formas impuestas por la ley (contratos formales)

Siguiendo las nuevas tendencias de la doctrina contractual, el Código Civil y Comercial introduce la categoría del epígrafe que viene a reemplazar a la tradicional distinción entre contratos formales y no formales, dado que tal diferencia resultaba incongruente pues sin forma no hay voluntad jurídica. El criterio de la distinción de esta categoría de contratos se asienta en las formalidades requeridas para expresar las declaraciones de voluntad de las partes.

Desde este punto de vista, son contratos con formas libres aquellos en los que rige la libertad de las formas. Dado que la ley no les asigna una forma determinada, las partes pueden elegir para su contrato la formalidad que estimen conveniente, aun cuando ella fuere más exigente que la forma legal. La mayoría de los actos contractuales que se celebran a diario pertenecen a esta categoría de contratos: compraventas de diarios y golosinas, transporte público, préstamos de enseres personales, etc.

Son contratos con formas impuestas por la ley (contratos formales) aquellos en los que el ordenamiento exige a las partes determinadas formalidades para expresar la declaración de la voluntad. Según la finalidad perseguida por la exigencia formal, los contratos con formas legales se subclasifican del siguiente modo: 1) “contratos formales absolutos”, son tales aquellos contratos en los que la inobservancia de la forma legal trae aparejada la nulidad del acto (Ej. donaciones de inmuebles y muebles registrables); 2) “contratos formales relativos”, son tales aquellos contratos en los que la inobservancia de la forma legal provoca la ineficacia del contrato hasta el cumplimiento de la forma impuesta (Ej. contratos hipotecarios); 3) “contratos formales probatorios”, son tales aquellos contratos en los que la forma legal se impone para demostrar la existencia del acto y su inobservancia provoca sólo restricciones probatorias (Ej. locaciones de inmuebles y muebles registrables).

#Contratos nominados e innominados

“Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad” (art. 970 CCyC).

El art. 970 del Código Civil y Comercial agrega a la clasificación de los contratos una categoría cuya denominación es de origen romano: los “contratos nominados e innominados”, pero que en la doctrina moderna se denominan “típicos” y “atípicos”. De tal modo que, un contrato es innominado (atípico), no porque carezca de nombre, sino porque no encaja en ninguno de los tipos contractuales contemplados en sistema legal (Ej. contrato de multiplicación de semillas). Recíprocamente, el contrato es nominado (típico) cuando tiene una regulación legal expresa y completa (Ej. todos los contratos del Título IV del Libro 3º del CCyC).

Elementos de los contratos

Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido tres clases de elementos de los contratos: esenciales, naturales y accidentales.

Los elementos esenciales o estructurales son aquellos que resultan indispensables para la existencia misma del contrato. La falta o la presencia de vicios en alguno de los citados elementos provocan la nulidad de todo el acto.

Según la doctrina nacional mayoritaria los elementos esenciales de los contratos son: el consentimiento, el objeto y la causa.

Son elementos naturales aquellos que resultan de la naturaleza propia de ciertos contratos como una característica normal de ellos. La ley los regula dentro de cada figura contractual mediante normas supletorias, y dado que no tienen la condición de esenciales como los anteriores, las partes pueden modificarlos, suprimirlos o aumentarlos. Tales, por ejemplo, las garantías de evicción y vicios redhibitorios naturalmente comprendidas en los contratos onerosos. Estas garantías son plenamente disponibles por los contratantes porque en ellas no se encuentra involucrado el orden público.

Por último, los elementos accidentales son las consecuencias o efectos que aparecen en los contratos cuando las partes expresamente los incorporan, pactándolos a través de las cláusulas respectivas. Tales, por ejemplo, la condición, el plazo y el cargo.

Elementos esenciales: consentimiento, objeto y causa.**Consentimiento. Vicios del consentimiento (remisión).**

El consentimiento es la manifestación unilateral de voluntad de cada una de las partes respecto del contrato, para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (conf. art.957 CCyC).

Toda vez que las disposiciones relativas a los vicios del consentimiento en los actos jurídicos resultan aplicables a los contratos, remitimos a lo expuesto en el punto 5. de la Unidad Temática III. El consentimiento presupone la existencia de capacidad en quien contrata. Luego del tratamiento de los elementos de los contratos, nos referiremos a la capacidad para contratar.

Tratativas contractuales. La publicidad y la Ley de Defensa de la Competencia

El proceso de formación del contrato paritario suele comenzar con las llamadas “tratativas contractuales” o “tratativas preliminares” (“pourparler” en el Derecho francés), que son las conversaciones o tanteos que van preparando el terreno para formular, o no, la propuesta. Conforme al art. 990 CCyC: “Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento”.

Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado todavía la oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente (art. 991 CCyC). El obrar de buena fe acarrea el cumplimiento de deberes complementarios de conducta que los pre-contratantes deben observar. Tales deberes son: 1) deber de información (cada parte debe comunicar a la otra todo aquello que tenga relevancia para el negocio y que esta parte no pueda conocer por si misma); 2) deber de confidencialidad (quien en la formación del contrato recibe información clasificada no debe revelarla y tampoco puede usarla indebidamente en su propio interés); y 3) deber de custodia (quien durante la formación de un negocio recibe bienes del otro contratante no puede hacer otro uso de ellos que los aptos para las tratativas preliminares).

Si bien nos referiremos más adelante, con mayor profundidad, a los derechos del consumidor en la relación de consumo, haremos aquí una breve alusión a cómo la publicidad puede afectar la voluntad y qué tratamiento se da al tema en la Ley de Defensa del Consumidor, en protección de la parte débil de la relación contractual.

El art.7 de la Ley 24.240 (y modificatorias) establece que la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades,

condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer.

El art.8 agrega: “Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente...”.

“En el mundo moderno, mediante la publicidad se hacen conocer bienes y servicios con la “intención” de generar un “negocio jurídico” masivo, con la metodología del contrato por adhesión. Es obvio que puede abarcar actos de diversa naturaleza, desde aquel que sólo resalta algunas cualidades hasta el que además establece las condiciones generales o particulares de contratación; es decir, podría configurar jurídicamente la “oferta”...En esta concepción se reemplazan aquellas tratativas preliminares y se afecta la “credibilidad” del público consumidor, generándole una “expectativa razonable”, con lo cual aparece una necesidad de “protección jurídica” que en el derecho se define como la “defensa del interés de confianza”, sin que se nos escape la imprescindible compatibilización con el “derecho a la publicidad”. Este es propio de una sociedad competitiva e instrumento vital en el proceso de consumo” ¹⁸.

Las cartas de intención

En el curso de las tratativas preliminares tendientes a elaborar contratos complejos, los contratantes suelen redactar acuerdos escritos por los cuales una de las partes, o todas ellas, proponen negociar sobre ciertas bases para llegar a establecer el posible convenio (Ej. compromisos de confidencialidad, acuerdos sobre los tiempos para el desarrollo de las negociaciones, posibilidad de una parte para acceder a la documentación de la otra, etc.). Tales instrumentos son los llamados “cartas de intención” (art. 993 CCC).

Estas propuestas tienen por objeto alcanzar un resultado provisorio que queda agotado en la preparación del futuro contrato. La carta de intención no configura un contrato definitivo y debe ser interpretada restrictivamente (art. 993, in fine, CCyC).

El Objeto

“Cuando las partes se ponen de acuerdo en una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos, lo hacen en función de una operación jurídico-económica que entienden realizar, con el propósito, ya sea de crear, modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas

¹⁸ LOVECE-GHERSI, 351.

obligacionales...Así, el objeto de la compraventa será el intercambio de cosa por precio; en la locación de cosa, será el intercambio del uso y goce de la cosa por precio...Esta operación jurídica debe ser distinguida de las prestaciones, que son el objeto de las obligaciones...Tampoco creemos que sea factible confundir objeto y contenido del contrato, entendiendo por este último las reglas de conducta a las que deben subordinarse las partes. Las reglas de conducta...no se agotan con lo estipulado por los sujetos del contrato. El contenido del contrato se halla integrado, además de los preceptos de voluntad creados por una o por la totalidad de las partes y que trasuntan el resultado de la libertad de contratación en el marco de la autonomía de la voluntad, por reglas de conducta que no se originan en la voluntad común de los contratantes, sino en mandatos legales. Y además, por los usos y costumbres atinentes a situaciones no regladas legalmente y, finalmente, por las reglas secundarias de conducta. En consecuencia, el objeto del contrato -operación jurídico-económica destinada a la creación, modificación, transmisión o extinción de relaciones jurídicas obligacionales que las partes han considerado realizar- se halla regulado por el contenido que suministran las normas imperativas, los preceptos de voluntad, para ciertos supuestos las normas supletorias, los usos y costumbres atinentes a situaciones no regladas, y las reglas secundarias de conducta ¹⁹.

Requisitos del objeto de los contratos

El nuevo Código Unificado no define este elemento esencial de los contratos, por lo que remite a las normas sobre el objeto de los actos jurídicos en general (art. 279 y sig.) y sólo se limita a enumerar los requisitos que el referido elemento debe cumplir (arts. 1003 y 1004).

Dijimos antes –siguiendo a Stiglitz- que el objeto del contrato es la operación jurídico-económica destinada a la creación, modificación, transmisión o extinción de relaciones jurídicas obligacionales que las partes han considerado realizar. El objeto de la obligación que el contrato crea es la prestación debida; esto es, bienes (cosas y derechos) y hechos (positivos o negativos).

Conforme a una interpretación armónica de las normas arriba citadas, puede establecerse el siguiente principio general: todos los bienes (determinados o determinables, de existencia actual o posible) pueden ser objeto de los contratos, salvo aquellos que estén prohibidos para serlo; los hechos, por su parte, pueden ser objeto de los contratos si son lícitos, posibles, acordes con la moral

¹⁹ STIGLITZ, Rubén S., *Contratos Civiles y Comerciales – Parte General*, 3ra.edición, La Ley, Buenos Aires, 2015, TºI, p.484/5.

y buenas costumbres, y no afectan a la dignidad humana, ni resultan lesivos de derechos ajenos (conf. arts. 279, 1003 y 1004 del CCyC).

Los requisitos del objeto de los contratos, entonces, son los siguientes:

#Determinación

Cuando el objeto se refiere a bienes, éstos deben estar determinados o ser determinables (art. 1005 CCyC).

El objeto es determinado cuando el bien está precisado en su individualidad en el momento de la celebración del contrato. Tales, por ejemplo, los contratos establecidos para la entrega (en propiedad, tenencia, uso y goce, etc.) de los llamados “cuerpos ciertos” (Ej. el original de una obra de arte; un inmueble identificado por el número de inscripción registral, etc.).

El objeto es determinable cuando los bienes aparecen determinados en el contrato por su especie o género, aunque no lo estén en su cantidad (art. 1005 CCyC). Tales, por ejemplo, los contratos que tienen por objeto “cosas muebles inciertas” (Ej. obligaciones de género, dinerarias, etc.). La segunda parte de la norma aclara que, también resulta determinable el objeto del contrato cuando en él se establecen criterios suficientes para su determinación (art. 1005, in fine, CCyC).

El art. 1006 CCyC prevé la hipótesis de la determinación por un tercero. De acuerdo con la norma citada, las partes del contrato pueden pactar que la determinación del objeto sea efectuada por un tercero. Establece la regla que, en caso de que el tercero no realizare la elección, o fuere imposible hacerla, la determinación se hará por vía judicial.

Respecto de los hechos (positivos o negativos), cuando el objeto del contrato contiene prestaciones de hacer o no hacer, el servicio o la abstención prometidos también deben estar determinados. Carecería de objeto, por ejemplo, el contrato de locación de servicios en el que el locador se compromete a “trabajar” para el locatario sin precisar en qué; o el acuerdo por el cual una parte se obliga a “no hacer nada que perjudique materialmente” a la otra.

Existencia

La existencia del objeto debe ser actual o posible (bienes existentes o futuros). El art. 1007 CCyC establece: “Los bienes futuros pueden ser objeto de los contratos. La promesa de transmitirlos está subordinada a la condición de que lleguen a existir, excepto que se trate de contratos aleatorios”.

Cuando la prestación del contrato establece la entrega de “cosas actuales o existentes”, las mismas deben existir en el momento de la celebración del acuerdo; caso contrario el contrato es nulo por falta del objeto. Por el contrario, cuando se contrata sobre “cosas posibles o futuras”, la eficacia del

acuerdo queda supeditado al cumplimiento de la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir, excepto el caso de los contratos aleatorios.

Licitud

El objeto del contrato debe ser lícito y resultar conforme al orden público.

El contrato tiene como objeto un hecho ilícito cuando la conducta que contiene su materia está prohibida por la ley ("ilicitud formal"). Cuando la conducta ilícita que contiene la materia del contrato afecta el interés general de la comunidad, la oposición se da con referencia al orden público ("ilicitud material").

En tal sentido, contrato ilícito es aquel que contradice una norma legal determinada (Ej. contratos sobre herencias futuras prohibidos en el art. 1010 CCyC). La violación del orden público, en cambio, no está subordinada a la infracción de un texto legal en particular, sino que contradice los principios fundamentales en los que se apoya el ordenamiento jurídico (ver art. 12 CCyC). Ejemplo de esto último son los contratos celebrados en el exterior para eludir prohibiciones impuestas por el derecho local.

Posibilidad

Los hechos pueden ser objeto de los contratos si son posibles.

La posibilidad del objeto del contrato debe cubrir sus dos aspectos: el físico y el jurídico. Resultará físicamente imposible la promesa contractual de beberse toda el agua del Río de la Plata (imposibilidad física); resultará jurídicamente imposible obligación del deudor de hipotecar un piano (imposibilidad jurídica).

Asimismo, la imposibilidad que afecta la validez del contrato debe ser absoluta (comprende a todas las personas en general) y no meramente relativa (afecta sólo a la persona del deudor). En este último supuesto el contrato es válido y el incumplimiento de la prestación se traduce en el deber de resarcir al acreedor los daños y perjuicios (Ej. alguien que se obliga a pintar un cuadro, pero carece de conocimientos sobre artes plásticas).

Moralidad y buenas costumbres

El objeto de los contratos debe versar sobre hechos acordes con la moral y las buenas costumbres. Resulta evidente que este requisito podría considerarse comprendido en el recaudo de la licitud del objeto, pues no caben dudas respecto de que los contratos inmorales son ilícitos. Sin embargo, la nueva ley ha mantenido la independencia de este recaudo contenido ya en el Código velezano, por

cuanto constituye un factor al que la jurisprudencia ha recurrido repetidamente para moralizar las relaciones jurídicas.

El requisito que se analiza es un verdadero estándar catalizador de la ética contractual. Así es como, este recaudo se ha aplicado para reducir las tasas de intereses usurarios, para enervar la validez de cláusulas resolutorias de aplicación leonina, y también para anular las cláusulas abusivas pactadas en los contratos por adhesión.

La regla respecto a la moralidad y buenas costumbres debe considerarse referida a la ética media de la población en un momento dado. Este concepto es dinámico porque lo que se considera ajustado a la moral cambia de un tiempo a otro, conforme a la evolución social. Debe aplicarse siempre, en cada caso, un estándar objetivo y no la visión particular del intérprete.

#La dignidad de la persona humana

El requisito que se analiza es una de las novedades introducidas por el Código Civil y Comercial. Acorde con el postulado constitucional que establece el resguardo y protección de la persona humana, los arts. 279 y 1004 del CCyC disponen que el hecho objeto del contrato no puede ser contrario a la dignidad humana.

Quedan así prohibidos los contratos que tengan por objeto los derechos personalísimos de las partes, tales como el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a la integridad física, etc. También están comprendidos en la prohibición aquellos contratos que impliquen el sometimiento de una parte a cualquier forma de servidumbre o reducción a esclavitud, o que posibiliten el aprovechamiento económico de personas que padecen de malformaciones o discapacidades.

Con relación a los denominados “actos de disposición del propio cuerpo” el art.1004, in fine, del CCyC dispone lo siguiente: “Cuando los contratos tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplicarán los arts. 17 y 56”. La primera de las normas citadas establece que los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo son disponibles por el titular cuando observen alguno de esos valores, y según lo dispongan las leyes especiales. La segunda norma citada, por su parte, establece la prohibición de actos de disposición sobre el propio cuerpo que produzcan una disminución permanente de su integridad, a excepción de aquellos que sirvan para mejorar la salud de la propia persona (ej.: amputación terapéutica), o excepcionalmente, la de un tercero (Ej. ablaciones para trasplante), ello siempre de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, y en particular, de conformidad con lo dispuesto en la leyes especiales que rigen la materia.

Los hechos lesivos de derechos ajenos

Este requisito es otra de las novedades del sistema actual. En el art. 19 de la Constitución Nacional se instituye que las acciones privadas de los hombres quedan exentas de la autoridad de los magistrados cuando no perjudican a terceros (“principio de reserva”). Acorde entonces con el referido principio constitucional, en los arts. 279 y 1004 del CCyC se dispone expresamente que el hecho que constituye el objeto de un contrato no puede ser lesivo de los derechos ajenos. Por ello, aun cuando se establece para el derecho de los contratos la regla de la libertad contractual, el ejercicio de la libertad de cada uno encuentra su límite en los derechos de los demás.

La valoración económica del objeto

El art. 1003 CCyC establece que el objeto del contrato debe ser susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial.

La cuestión no estaba debidamente resuelta durante la vigencia del Código de Vélez y un sector de la doctrina sostenía que no sólo el objeto del contrato sino también el interés del acreedor debía perseguir una ventaja apreciable en dinero. Sin embargo, la valoración económica del objeto de la convención es una cuestión distinta al interés que guía a cada contratante. Una o ambas partes del contrato pueden actuar motivados por móviles ajenos a consideraciones económicas –por tanto, extrapatrimoniales- pero igualmente tutelados por el sistema jurídico. Obras benéficas tales como el sostenimiento económico de instituciones dedicadas al bien común (escuelas, bibliotecas, hospitales) constituyen el fundamento habitual de la materia contractual. La cuestión se aclara distinguiendo entre el objeto del contrato (que siempre debe tener contenido patrimonial) y el interés protegido por el ordenamiento legal (que puede ser humano, cultural, científico, etc., es decir, extrapatrimonial).

El nuevo Código Civil y Comercial establece la regla según la cual: los bienes y los hechos que forman el objeto de los contratos deben tener, inexcusablemente, un valor patrimonial; pero el interés que mueve a las partes a contratar, puede ser patrimonial o no, siendo suficiente que sea lícito y merecedor de la tutela jurídica.

La Causa

Luego de las discusiones doctrinarias que se dieron durante la vigencia del Código Civil con relación a si la causa final resultaba o no un elemento esencial de los actos jurídicos, el nuevo Código Civil y Comercial determinó explícitamente que la causa final constituye un elemento esencial de los actos jurídicos en general, y en particular, de su especie más importante: el contrato.

Conforme al art. 281 CCyC, “La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”.

El nuevo Código Civil y Comercial, entonces, asigna a la causa-fin (entendida como finalidad o motivo determinante del negocio jurídico) el carácter de elemento esencial del contrato, y lo regula en los arts. 1012 y sigs., considerándolo en su doble aspecto (concepción “dualista” de la causa): 1) como motivo o finalidad objetiva perseguida por las partes al establecer el contrato (“para qué se contrata”); y 2) como motivo o finalidad subjetiva relacionada con los móviles individuales que las partes tuvieron en miras al contratar (“por qué se contrata”).

La finalidad objetiva de la causa coincide con los efectos propios de cada contrato, es decir, aquellos que el acuerdo está destinado naturalmente a producir. Responde a la pregunta: ¿“para qué se contrata”? Las partes, por ejemplo, pueden contratar para transmitir propiedad, para conferir uso y goce, para realizar una liberalidad, etc.

La finalidad subjetiva de la causa se relaciona con los móviles personales que las partes tuvieron en miras al contratar. Responde a la pregunta: ¿“por qué se contrata”?

El nuevo Código Civil y Comercial le impone al contrato, además de una finalidad económica y social suficiente (finalidad objetiva), la presencia de un motivo determinante “verdadero y lícito” (finalidad subjetiva). Es decir, agrega este segundo dispositivo dándole a la causa una función moralizadora de las relaciones jurídicas, y lo impone –además– como requisito de validez del contrato: la presencia de una causa–fin lícita (art. 1014 CCyC). “Causa lícita” es la motivación exteriorizada por cada contratante, que acompaña al negocio jurídico y que se ajusta al ordenamiento legal; la “causa ilícita” es su par opuesto y se analiza a continuación.

El art.1013, 1er. párr., CCyC establece como requisito estructural del acuerdo la necesidad de la existencia de una causa final: “La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución”. El art. 282 CCyC establece, además, la presunción de la causa: “Aunque la causa no esté expresada en el acto se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. El acto es válido, aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera”.

La falta de causa, agrega la última parte del art.1013, 1er. párr., CCyC, podrá dar lugar a declarar la “nulidad” del contrato.

Conforme a la regla general contenida en el art. 281 CCyC, “in fine”, aplicable a los contratos por la expresa remisión contenida en el citado art. 1012 CCyC: “También integran la causa los motivos exteriorizados [por los contratantes] cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”. Según la citada norma, entonces, los motivos personales de cada contratante constituyen causa cuando son lícitos y han sido incorporados al acto de manera expresa. Si fueron incorporados sólo de modo tácito, los motivos implícitos se convierten en causa si son esenciales para ambas partes.

Cabe agregar que, en ciertos casos, los móviles implícitos esenciales para las partes pueden surgir de las circunstancias que rodean al contrato.

Es necesario no confundir este último aspecto de la causa-fin con los propósitos puramente individuales o “simples motivos” que han impulsado a las partes a contratar (Ej. alguien que enajena bienes puede hacerlo con el propósito de costearse un viaje, pagar una deuda, colocar el capital a interés, etc.). Estos simples motivos, si no han sido exteriorizados e integran además expresa o implícitamente las declaraciones de voluntad de los contratantes, por ser internos, variables y múltiples, en principio resultan jurídicamente irrelevantes; por lo demás, la frustración de esos motivos no afecta la eficacia del contrato.

El contrato, entonces, debe tener causa, y ésta -además de existir- deberá ser verdadera y lícita. El art. 1014 del Código Civil y Comercial regula las consecuencias de la ilicitud de la causa del contrato en los siguientes términos:

* “El contrato es nulo cuando: a) su causa es contraria al orden público, a la moral y las buenas costumbres” (art. 1014, inc. a). Es decir que, aunque se encuentren reunidas todas las condiciones de eficacia impuestas por el ordenamiento jurídico, referidas por ejemplo, al consentimiento, capacidad, objeto, y forma del contrato, si el motivo determinante del acto resulta inmoral o contrario a la ley para una parte y la otra conoce esa circunstancia, la causa se considera ilícita y el contrato es nulo (Ej. un contrato que promete a un contador una retribución porcentual sobre el monto de los impuestos que evada la empresa).

* “El contrato es nulo cuando: (...) b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común” (art. 1014, inc. b). La misma consecuencia aparece -con mayor razón- cuando ambos contratantes comparten, expresa o implícitamente, un propósito ilícito o inmoral. El motivo ilícito o inmoral resulta común a las partes tanto si ha surgido de ambas como si, proviniendo de una sola de ellas, termina siendo compartido o aceptado por la otra (Ej. la venta de un objeto para aplicar el

precio a financiar entre ambos contratantes operaciones de contrabando o actividades de empresas clandestinas).

* Si sólo una de las partes persigue un propósito ilícito o inmoral y la otra lo ignora, o es ajena a él, por respeto a esta última el contrato no es atacable (Ej. la adquisición legal de un arma. Aunque el comprador tuviere un propósito ilícito o inmoral, tal motivo determinante no tiene por qué ser conocido por el vendedor. El contrato, entonces, resulta inatacable. Cabe agregar que si el vendedor conociere la finalidad delictual de la compra, debe estimarse que la causa misma del contrato es inmoral, y, por tanto ilícita).

Capacidad para contratar

A diferencia del Código de Vélez, el nuevo Código Civil y Comercial incluye una Parte General que, en lo que aquí interesa, contiene las disposiciones relativas a la capacidad de las personas (arts.22 a 50), que resultan aplicables a todos los institutos que regula. Remitimos, por tanto, a lo establecido en el punto 5. de la Unidad Temática II.

De todos modos, haremos aquí una síntesis de los principales aspectos del tema.

La capacidad es el grado de aptitud de la persona para ser titular de derechos y deberes jurídicos, así como también, para el ejercicio de las facultades que emanan de esos derechos y para el cumplimiento de las imposiciones que implican los mencionados deberes. Como quedó expuesto al analizar la capacidad como atributo de la personalidad, el nuevo Código Civil y Comercial distingue (para las personas humanas) la “capacidad de derecho”: aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos (art. 22 CCyC) de la “capacidad de ejercicio”: aptitud para adquirir y/o ejercer por sí mismo tales derechos y deberes (art. 23 CCyC).

Limitaciones e inhabilidades para contratar

Limitaciones a la capacidad de ejercicio

Las personas por nacer

Las personas por nacer son el paradigma de los incapaces de ejercicio. Actúan únicamente representados por sus padres (art.101, inc. a, CCyC), y en caso de incapacidad de sus progenitores, por el curador que a estos se les designe (art.140, CCyC). Cabe recordar también que los derechos transmitidos a las personas por nacer quedan irrevocablemente adquiridos si nacen con vida, aunque sea un instante (condición resolutoria); si no nacieren vivos “se considera que la persona nunca existió” (art. 21 CCyC). Dadas las restricciones a la capacidad patrimonial de las personas

por nacer, y en particular, en lo atinente al aspecto pasivo de las relaciones jurídicas que protagonizan, sus posibilidades de contratar se limitan al contrato de donación y como donatarios.

Los menores de edad

Son básicamente incapaces de ejercicio, aunque sujetos al “sistema de la capacidad progresiva”. Como regla general, los menores que cuenten con la edad y el grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí solos los actos que les son permitidos por el ordenamiento jurídico (art. 26, párr. 2º, CCyC); ello no obstante, en el ámbito contractual sus posibilidades de actuación personal aparecen sumamente restringidas. Tales posibilidades son:

*Todos los menores de edad (niños y adolescentes) pueden celebrar contratos de escasa cuantía (los llamados “pequeños contratos”), los cuales se presumen realizados con la conformidad de sus padres (art. 684 CCyC). Ej. compraventa (golosinas, útiles escolares), permutas (libros, juguetes), prestamos (mutuos y comodatos activos y pasivos de enseres y útiles escolares), transporte público, etc.

*Los adolescentes pueden contratar sus servicios profesionales por cuenta propia (régimen de trabajo independiente) si cuentan con título habilitante para ejercer un oficio o profesión. Los mayores de 13 años necesitan autorización de sus padres y los mayores de 16 años no requieren autorización parental. En ambos supuestos adquieren la libre administración y disposición de los bienes que obtengan con tales ingresos (“peculio profesional”), pudiendo también contratar sobre tales bienes (arts. 30, 681 y 683 CCyC).

*Los adolescentes mayores de 16 años pueden celebrar contrato de trabajo en relación de dependencia dentro de la modalidad “Trabajo Infantil” (ley 23.390 del año 2008), con la autorización de sus padres. En tales supuestos los menores también adquieren la libre administración y disposición de los bienes que obtengan con sus ingresos (“peculio profesional”), pudiendo asimismo contratar sobre tales bienes. Para los adolescentes mayores de 14 años (menores de 16) se prevé un régimen laboral de excepción llamado “empresa familiar”.

Los menores emancipados

Los menores de edad que contraen matrimonio se emancipan y adquieren capacidad. El menor emancipado es una persona capaz que tiene limitaciones para realizar determinados actos (“capacidad semiplena”), dado que hay actos que le están expresamente prohibidos y hay otros para los cuales necesitan autorización judicial (art. 27 CCyC). En lo atinente a la capacidad contractual sus restricciones de actuación son las siguientes:

*No pueden donar los bienes adquiridos a título gratuito (contrato de donación). La prohibición legal se extiende a toda transferencia gratuita de bienes adquiridos por título gratuito, y comprende al contrato de cesión gratuita de derechos (art. 28, inc. b, CCyC).

*No pueden garantizar obligaciones asumidas por terceros (contrato de fianza). La prohibición legal se extiende a la formación de sociedades que impongan a los socios responsabilidad solidaria e ilimitada por las deudas sociales (art. 28, inc. c, CCyC).

*Para disponer a título oneroso (compraventas, permutas, leasing) bienes adquiridos a título gratuito, necesitan de la autorización judicial. Además, esas autorizaciones sólo les serán otorgadas cuando el contrato sea de toda necesidad o de ventaja evidente para el menor (art. 29 CCyC). En cambio, para los actos de administración sobre tales bienes (locaciones, mutuos, comodatos, depósitos), no tienen restricciones de actuación.

Las personas incapaces por falta de salud mental, restringidos e inhabilitados

Las personas declaradas judicialmente incapaces por falta de salud mental son aquellas que debido a una alteración mental grave no pueden interaccionar con su entorno ni expresar su voluntad. Cuando el sistema de apoyos en la toma de decisiones resulta ineficaz como modelo de protección de estas personas, el juez puede declarar su incapacidad y designarles un representante legal (art. 32, párr. 4º, CCyC). A partir de la sentencia, son considerados incapaces de ejercicio y actúan a través de su curador. Quedan a salvo aquellas relaciones jurídicas excluidas en la propia sentencia. La limitación de la capacidad de estas personas, aunque es actualmente específica (“tailor made”), incide tanto en el ámbito patrimonial como extrapatrimonial, y puede afectar ampliamente a la materia contractual. En ocasiones, sólo subsiste la aptitud personal de celebrar contratos de escasa cuantía.

Las personas con capacidad restringida por sentencia judicial son aquellas que por causa de una adicción o de una enfermedad mental grave y prolongada, del ejercicio de su plena capacidad pueda resultarles un daño a su persona o a sus bienes. En estos supuestos, el juez puede restringirles la capacidad de ejercicio y designarles una o más personas de apoyo especificando sus funciones (art. 32, párr. 1º a 3º, CCyC). Las personas con capacidad restringida son capaces de obrar y pueden ejercer por si mismas sus derechos, con las limitaciones patrimoniales y/o extrapatrimoniales que la sentencia judicial les impone. En lo atinente a la materia contractual, estas restricciones a la capacidad pueden comprender tanto a los contratos de administración como de disposición de bienes, según las circunstancias personales de cada uno.

Los inhabilitados son aquellas personas que, por la prodigalidad en la gestión de sus bienes, exponen a su cónyuge, conviviente, hijos menores o hijos mayores con discapacidad a la pérdida del patrimonio (art. 48 CCyC). La norma no exige la pérdida efectiva del patrimonio, bastando actualmente que exista peligro inminente aunque no esté consumado; la regla protege los alimentos de las personas comprendidas en la enumeración legal. Los pródigos que carecen de estos legitimados tienen libertad de gestión. Los inhabilitados son personas capaces que tienen restringida su capacidad patrimonial para los actos de disposición entre vivos (compraventas, permutas, donaciones). Pueden realizar libremente actos y contratos de administración sobre sus bienes (locaciones, mutuos, comodatos, depósitos), salvo aquellos limitados por la sentencia. Para el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y para los actos de administración que el juez fije en la sentencia, necesitan la conformidad del apoyo designado, sin cuya actuación el contrato es nulo (art. 49 CCyC). El apoyo no suple la voluntad del inhabilitado, sino que la completa (asistencia) en los actos indicados en la sentencia judicial.

Inhabilidades para contratar (incapacidades de derecho)

El nuevo Código Unificado establece a lo largo de su articulado distintas inhabilidades para contratar que configuran supuestos de incapacidad de derecho (incapacidades jurídicas). Se trata, en todos los casos, de limitaciones referidas a personas capaces que padecen incapacidad para celebrar contratos con determinadas otras personas, o para contratar sobre determinados bienes. Cabe recordar al respecto que las incapacidades de derecho son siempre relativas.

a. Personas que no pueden contratar con otras determinadas

Cónyuges entre sí

Los cónyuges que han elegido el régimen patrimonial de la comunidad de gananciales para los bienes del matrimonio no pueden contratar entre sí (art. 1002, inc. c, CCyC). La prohibición apunta a proteger los derechos de terceros interesados respecto de la garantía que representa para ellos los bienes del activo de su deudor, por lo que la restricción se limita, en principio, a los actos de disposición de bienes (compraventas, donaciones, permutas, cesiones) y no comprende a los actos de administración (depósitos, mutuos, comodatos), salvo supuestos de simulación o fraude. Aquellos cónyuges que hayan elegido el régimen patrimonial de la separación de bienes pueden contratar entre sí sin restricciones.

Padres con sus hijos menores de edad

Los padres no pueden contratar con sus propios hijos menores de edad que estén bajo su responsabilidad parental (art. 463 CCyC). El conflicto de intereses que plantea este supuesto es tal que abarca todas las posibilidades de contratación, salvo las donaciones sin cargo efectuadas por el padre en favor del hijo menor. Las contrataciones con los hijos mayores de edad no tienen restricciones.

Tutores y curadores con sus representados

Los tutores y curadores tienen respecto de sus pupilos y curados las mismas limitaciones para contratar que tienen los padres con sus hijos menores de edad (arts. 120 y 138 CCyC).

b. Personas que no pueden contratar con relación a ciertos bienes

Funcionarios públicos

Los funcionarios públicos no pueden contratar en interés propio respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados (art. 1002, inc. a, CCyC). La prohibición comprende a los funcionarios públicos de cualquier jerarquía y ámbito de gestión (nacional, provincial o municipal).

Personas vinculadas con la administración de justicia

Los jueces, funcionarios judiciales (fiscales, secretarios, etc.), auxiliares de la justicia (peritos, tasadores, etc.), abogados y procuradores no pueden contratar en interés propio respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido (art. 1002, inc. b, CCyC).

Los albaceas

El albacea es la persona encargada de hacer cumplir la última voluntad de un difunto expresada en el testamento. Es el ejecutor testamentario y le corresponde custodiar y preservar los bienes de la sucesión hasta el momento en que se repartan entre los herederos. Los albaceas que no son herederos no pueden celebrar –en interés propio- contrato de compraventa sobre los bienes de las testamentarias que estén a su cargo (art. 1002, último párr., CCyC). La norma tiende a proteger el conflicto de intereses que plantea el referido contrato.

3. FORMA DE LOS CONTRATOS

La forma del contrato es el medio (vehículo) por el cual se exteriorizan las declaraciones de voluntad de las partes.

El nuevo Código Unificado desarrolla el régimen de la forma de los contratos sobre la base de los mismos principios que rigen la forma del acto jurídico, con excepción de algunas soluciones reguladas específicamente.

El principio general que rige la materia contractual es el de la libertad de las formas: “Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada” (art. 1015 CCyC).

Conforme a lo establecido para los actos jurídicos en general (arts. 284 y sigs. CCyC), como regla, la ley no asigna a los contratos ninguna solemnidad determinada -libertad de formas- y las partes pueden elegir la que estimen conveniente (contratos con formas libres), aun cuando ella fuere más exigente que la forma legal; rige aquí la autonomía de la voluntad. Sólo como excepción y para ciertos supuestos, el ordenamiento establece el cumplimiento de formas específicas (contratos con formas impuestas por la ley o contratos formales). Analizaremos a continuación esta última categoría contractual.

Los contratos formales. Subcategorías

Son aquellos en los que el sistema legal impone a las partes el cumplimiento de determinadas solemnidades para expresar el consentimiento. Tales solemnidades pueden llevar el propósito de alcanzar la validez del acto, lograr su eficacia, o bien, la demostración de su existencia. Es también función de la forma la protección de los derechos de terceros y hacer posible cierto control del Estado (pago de impuestos, lavado de activos).

El Código Civil y Comercial distingue tres subcategorías de contratos formales: 1) contratos formales absolutos, 2) contratos formales relativos, y 3) contratos formales probatorios.

1. Contratos Formales Absolutos

Son tales aquellos en los que la inobservancia de la forma legal trae aparejada la nulidad del acto (art. 969, párr. 1º, CCyC). La imposición de semejante formalidad tiende a proteger los intereses de las partes contratantes llamando su atención sobre la trascendencia del acto que pretenden realizar.

En el nuevo régimen sólo están sujetos a formas absolutas las donaciones de inmuebles, las donaciones de cosas muebles registrables y las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552 CCyC).

2. Contratos Formales Relativos

Son aquellos en los que la inobservancia de la forma legal produce la ineficacia del acto (art. 969, párr. 2º, CCyC).

En estos supuestos, el contrato es válido, pero no produce sus efectos propios hasta que se cumpla la forma legal establecida. Las partes no pueden reclamarse el cumplimiento de las prestaciones que el contrato impone a cada una (ineficacia), pero cualquiera de ellas puede exigir el cumplimiento de la obligación de observar la forma (“conversión del negocio”). Cumplida la forma legal, el contrato produce sus efectos normales.

Cabe agregar que el acatamiento de esta forma legal constituye una obligación de hacer que puede ser suplida por el juez en nombre de la parte remisa al cumplimiento voluntario de esa prestación (“ejecución por otro”). Para demandar el cumplimiento forzado de la forma legal, la respectiva contraprestación del reclamante debe encontrarse cumplida o debe asegurarse su oportuno cumplimiento (art. 1018 CCyC).

Entre otros ejemplos, integran la categoría de contratos formales relativos: el leasing de inmuebles, buques o aeronaves (art. 1234 CCyC); el contrato de agrupación de colaboración (art. 1455 CCyC); el contrato de unión transitoria (art. 1464 CCyC); el contrato de consorcio de cooperación (art. 1473 CCyC); el contrato de cesión de derechos hereditarios (arts. 1618, inc. a CCyC); el contrato de cesión de derechos litigiosos referidos a derechos reales sobre inmuebles (art. 1618, inc. b CCyC); el contrato de cesión de derechos derivados de actos instrumentados en escritura pública (art. 1618, inc. c CCyC); y el contrato de fideicomiso, cuando se refiere a bienes cuya transferencia debe ser instrumentada en escritura pública (art. 1669 CCyC).

3. Contratos Formales Probatorios

Son aquellos en los que la inobservancia de la forma legal afecta la prueba para demostrar la existencia del acto.

En los contratos formales probatorios, la solemnidad impuesta por la ley se establece para demostrar su existencia en juicio. El incumplimiento de la forma legal no afecta la validez ni la eficacia del contrato, sino que provoca la pérdida del beneficio probatorio que deriva de la forma prescripta.

Tales contratos tienen restricciones probatorias, pero si no se ha dado cumplimiento a la forma legal impuesta, pueden ser probados por cualquier otro medio de prueba (incluida la testimonial), si puede acreditarse la imposibilidad de obtener la prueba de que la exigencia formal fue cumplida, si existiese principio de prueba por escrito (conforme el art. 1020, 2° párrafo, se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte

interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato) o comienzo de ejecución del contrato.

Entre otros ejemplos, integran la categoría de contratos formales probatorios: el contrato de locación de inmuebles o de cosas muebles registrables o de una universalidad que incluya tales bienes (art. 1188 CCyC); los contratos bancarios (art. 1380 CCyC); el contrato de agencia (art. 1479, último párr., CCyC); el contrato de fianza (art. 1579 CCyC); el contrato de cesión de derechos cuando no se refiere a actos que deban otorgarse por escritura pública (art. 1618 CCyC); el contrato de transacción (art. 1643 CCyC); el contrato de arbitraje (art. 1650 CCyC); y el contrato de fideicomiso, cuando no se refiere a bienes cuya transmisión requiera del otorgamiento de escritura pública

Contratos que deben celebrarse por escritura pública

Un determinado contrato puede requerir una escritura pública porque lo establece el Código Civil y Comercial, o una ley especial, o porque lo disponen las propias partes del acto. En los supuestos de imposición legal cabe advertir que se trata de una excepción al principio de la libertad de las formas, y que por lo tanto, la solemnidad es de interpretación restrictiva.

Conforme el art 1017 CCyC: “Deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa; b) los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles; c) todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública; d) los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública”.

Los supuestos mencionados en la norma son los siguientes:

1. Adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles

Toda transacción referida a inmuebles requiere de la certeza que otorga una escritura pública. Al igual que en el régimen anterior se exceptúan de esta regla los casos en los que la adquisición deriva de una subasta judicial o administrativa. Ello no obstante, la jurisprudencia aún continúa reconociendo al adquirente de la subasta el derecho de exigir el otorgamiento de una escritura, porque el trámite permite hacer el estudio de los títulos y obtener una mejor garantía de los derechos que se le transmiten.

2. Derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles

Derechos dudosos son aquellos respecto de los cuales existe incertidumbre sobre su existencia, extensión, exigibilidad, etc., y derechos litigiosos aquellos cuya titularidad, naturaleza, destino, etc., se discute en un proceso judicial o litigio aun no terminado.

En los casos de transacciones sobre derechos litigiosos el trámite de la escritura puede ser reemplazado por un documento firmado por los interesados y presentado al juez de la causa.

3. Actos accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública

Se aplica aquí el principio de lo accesorio respecto de lo principal. La regla comprende también a los contratos accesorios (Ej. las fianzas) cuando el contrato principal deba ser redactado en una escritura pública.

4. Acuerdo de partes o disposición legal

Este último inciso es una innovación introducida por el régimen actual. Debe interpretarse como una norma residual que otorga carácter obligatorio a toda disposición del ordenamiento jurídico o de la voluntad de las partes que establezca como requisito de forma del contrato la redacción de una escritura pública. Los supuestos en los que deberá emplearse este instrumento entonces, no se limitan a los establecidos en el Código Civil y Comercial, sino que pueden surgir también de la propia convención o de leyes especiales.

Respecto de la voluntad de los contratantes, la norma ratifica la regla que rige para los actos jurídicos en general: “Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley” (art. 284, último párr. CCyC). Tal imposición formal será válida en tanto no constituya una cláusula abusiva de un contrato de adhesión o de consumo, puesta en perjuicio del adherente o del consumidor, por la cual se le asigna un recaudo formal de mayor costo y/o complejidad que el previsto en la ley que los regula.

Cuando el contrato debe ser otorgado mediante escritura pública (alguno de los supuestos mencionados en el art. 1017 CCyC) y no se cumple ese requisito, el acuerdo queda concluido como contrato en el que las partes se han obligado a “hacer una escritura pública”. Cualquiera de los contratantes puede intimar y/o demandar judicialmente al otro la por escrituración del acuerdo. Si la parte condenada a escriturar fuere remisa en concretar el acto debido, el juez puede sustituirla en su representación (ejecución por otro), siempre que las contraprestaciones del reclamante estén cumplidas o se asegure su oportuno cumplimiento.

Según se establece en la misma norma, la conversión del negocio sólo es posible en los contratos formales con formas relativas (“si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de

nulidad”). Cuando se tratare de contratos formales absolutos, el incumplimiento de la forma es insalvable y trae aparejada la nulidad del acto.

Prueba de los contratos

La prueba de los contratos es el conjunto de medios o elementos probatorios objetivos que permiten demostrar la existencia del acuerdo.

La prueba se encuentra estrechamente vinculada a la forma. Tal vinculación proviene de la circunstancia según la cual en el derecho moderno las formas de los contratos se instituyen principalmente para facilitar la prueba del acto.

El art. 1019 CCyC establece la siguiente regla: “Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial”.

El Sistema de la Sana Crítica supone que el juez en su sentencia debe exhibir el proceso de razonamiento que lo ha conducido a arribar a sus conclusiones, e indicar por qué tiene por probado un hecho, o bien, por qué ha desechado determinado medio probatorio. Además, los medios probatorios del contrato producidos en una causa judicial, deben ser ponderados por el juez, no de manera discrecional, sino atendiendo a lo que la doctrina y la jurisprudencia consideran sobre su idoneidad.

La prueba de testigos en la materia contractual

Testigo es toda persona física extraña al proceso que depone bajo juramento o promesa de decir verdad sobre hechos que pasaron bajo sus sentidos.

La prueba testimonial es vulnerable. Pero hay contratos, particularmente aquellos que tienen formas libres, que no podrían ser demostrados sin este medio probatorio. Los jueces suelen evaluar las declaraciones testimoniales apoyados en la credibilidad del testigo y atendiendo a las circunstancias que corroboran o restringen la fuerza de la declaración.

Conforme al principio de la libertad de pruebas que adopta el Código Unificado, hoy se admite la posibilidad de probar la existencia del contrato con formas libres a través de la prueba testimonial, sin las restricciones que contenía el derogado Código de Vélez.

No obstante, esa posibilidad está limitada por los usos y costumbres del lugar: “Los contratos (con formas libres) que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos” (art. 1019, último párr. CCyC). De acuerdo a la norma transcrita, por razones de seguridad jurídica,

en aquellos ámbitos en los que se haya establecido la costumbre de instrumentar el negocio por escrito, la prueba única de testigos resulta insuficiente, y para acreditar la existencia del contrato debe estar acompañada de otros elementos probatorios objetivos.

Causas que afectan los elementos estructurales del contrato

Hemos visto que los elementos esenciales o estructurales del contrato son tres: consentimiento, objeto y causa.

Con relación al consentimiento, en la Unidad Temática III, relativa a hechos y actos jurídicos, vimos que el acto voluntario es aquel que es otorgado con discernimiento, intención y libertad. El discernimiento tiene que ver con la capacidad del otorgante del acto y respecto del tema remitimos a lo expresado en esta misma Unidad en el punto Capacidad para Contratar. La intención y la libertad pueden verse afectadas por los denominados vicios de la voluntad: error, dolo y violencia. En este punto remitimos a lo expuesto en la Unidad III, puntos 2. y 5.

El objeto de los contratos se ve afectado cuando está referido a bienes sobre los cuales esté expresamente prohibido contratar o cuando se trate de hechos ilícitos, imposibles (material o jurídicamente), contrarios a la moral y buenas costumbres, que afecten la dignidad humana o resulten lesivos de derechos ajenos (arts.279, 1003 y 1004 CCyC). Remitimos a lo expresado en esta misma Unidad en el punto Requisitos del Objeto de los Contratos.

La causa de los contratos, por su parte, se ve afectada en los casos en que sea contraria al orden público, a la moral y buenas costumbres, que sea ilícita o que la causa declarada sea falsa (art.1014 incs. a y b). Remitimos a lo expuesto en esta misma Unidad al tratar el tema de La Causa.

Interpretación de los contratos. Calificación e Integración.

La aplicación de las reglas de conducta creadas por los contratos requiere del manejo de tres actividades que se combinan en un proceso único: la interpretación, la calificación y la integración del negocio jurídico. “Interpretar” un contrato es determinar el significado y alcance de sus cláusulas. “Calificarlo” es determinar la finalidad económica y social perseguida por los contratantes y la categoría jurídica a la que pertenece el acuerdo. “Integrar” el contrato es llenar el vacío normativo creado por la falta o la invalidez parcial de alguna de sus reglas.

Estas tres operaciones deben ejecutarse en el orden planteado: en primer lugar, será necesario interpretar el sentido y alcance de las normas que las partes han establecido; partiendo de esa determinación, deberá calificarse la naturaleza del negocio jurídico resultante; y por último, en caso

de falta o invalidez de alguna de las reglas del contrato, deberá llenarse el vacío normativo mediante la incorporación de la conducta faltante o desplazada.

Analizaremos a continuación cada una de las tres actividades enunciadas.

Interpretación de los contratos

La interpretación del contrato es la actividad que tiene por objeto la búsqueda y determinación del significado y alcance del contenido total del acuerdo, o de alguna de sus cláusulas, para desentrañar la declaración de voluntad de los contratantes en oportunidad de su celebración.

Las cláusulas contractuales (escritas o no) suelen suscitar problemas interpretación por admitir diversos significados, o por ofrecer dudas sobre su contenido, o por resultar ambiguas u oscuras algunas de sus expresiones. A ello cabe agregar que es imposible prever de antemano las distintas circunstancias por las pueda atravesar una relación contractual. De acuerdo a esta realidad, el Código Civil y Comercial establece distintas reglas de interpretación que varían conforme a la categoría del contrato.

En el capítulo 10º del Título II del Código Unificado (arts. 1061 y ss.) se establecen las reglas de interpretación aplicables a los contratos discrecionales o paritarios, excluyendo las soluciones correspondientes a los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas y los contratos de consumo, dado que estas categorías contractuales (debido a las asimetrías que presenta el vínculo entre las partes), tienen sus propias reglas interpretativas (arts. 987 y 1095).

Las reglas de interpretación están dirigidas, en principio, a los jueces y/o árbitros que deben resolver conforme a ellas los conflictos planteados en la ejecución del acuerdo. Pero también tienen como destinatarios a las propias partes contratantes, e incluso a los terceros, tanto a aquellos a los que el contrato impone alguna prestación como aquellos que pudieran resultar beneficiados por el contrato.

Contratos discrecionales o paritarios

Las reglas de interpretación de los contratos son las pautas y principios a los que debe recurrir el intérprete a fin de llevar a cabo su labor interpretativa. Tales reglas están pensadas para delimitar sus facultades y para fijar las pautas a las que debe ceñir su labor.

Las reglas pueden ser “de alcance general” (aplicables -al menos en abstracto- a todos los contratos) o “de alcance específico” (aplicable sólo a ciertas categorías contractuales; por ejemplo:

sólo a los contratos gratuitos, ídem. contratos onerosos, ibídem. contratos conexos, etc.). Existen en el articulado del Código Civil y Comercial, además, reglas especiales de interpretación que son aplicables únicamente a determinados tipos contractuales; entre otros: compraventas de cosas muebles (art. 1142), franquicias (art. 1513), donaciones (art. 1545), etc.

Las reglas interpretativas de alcance general son las siguientes:

1) La intención común de las partes

Según el art. 1061 CCyC: “El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes [...]” El intérprete debe comenzar su labor interpretativa procurando reconstruir la intención común de los contratantes.

Si bien se establece aquí una pauta subjetiva, no se propone en la exégesis dilucidar cuál fue la intención individual de cada parte, ni la suma de sus intenciones individuales, sino cuál ha sido la “intención compartida”, tal como surge objetivamente de sus declaraciones de voluntad. No se busca interpretar dos actos unilaterales sino una “declaración de voluntad común”: el contrato.

2) El principio de la buena fe

Simultáneamente, según la norma citada: “El contrato debe interpretarse conforme [...] al principio de la buena fe” (art. 1061, in fine). La regla general de interpretación de los contratos conforme al principio analizado aparece establecida en los arts. 9, 961 y 1061 del Código Civil y Comercial. Este “principio” es un criterio rector de toda la materia contractual.

La regla de la buena fe establece que los contratos deben interpretarse procurando reconstruir la intención común de las partes “con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor” (art. 961 CCyC).

Entonces, para desentrañar cuál ha sido la intención común (compartida) por los contratantes, el contrato debe interpretarse lealmente y de manera honesta, sin asignarle significados que impliquen deshonorar la palabra empeñada, sin forzar sus términos, y sobre todo, sin hacerle decir lo que el contrato no dice ni lo que las partes no quisieron que dijera.

3) La interpretación gramatical

Para conocer la intención común de las partes conforme al principio de la buena fe, el exégeta debe continuar su labor interpretando las palabras empleadas en el contrato.

El criterio de la “interpretación gramatical” (interpretación de las expresiones verbales o escritas empleadas por los contratantes), es el medio (vehículo) que permite al intérprete conocer a través

de las palabras del acuerdo, cuál ha sido la intención compartida por las partes del contrato, según lo que una persona razonable pudo entender de tales expresiones.

¿Cómo deben interpretarse las palabras del acuerdo? Conforme lo dispone el art.1063 CCyC: “Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general”. La regla básica, entonces, es que los términos de la convención deben entenderse en el sentido que les confieren los usos generales del lenguaje. Incluso si el consentimiento contractual no se hubiere manifestado verbalmente o por escrito, sino mediante “conductas, signos y expresiones no verbales” (comportamientos no declarativos), se aplicará la misma regla interpretativa y tales manifestaciones se evaluarán conforme al modo en que la comunidad en general suele interpretarlas (art.1063, 2º párr., CCyC).

Esta regla básica tiene tres excepciones (art.1063, 1º párr., CCyC): a) cuando en el contrato se utilizan términos que cuentan con un significado específico que surge de la ley (ej. el vocablo “tradición” referido a la entrega de cosas); b) cuando las partes al contratar le han atribuido un significado específico a algunos términos de la convención (ej. a través del “glosario de definiciones” que suele agregarse como anexo en algunos contratos); c) cuando se emplean palabras que tienen un significado específico según los usos y prácticas del lugar de celebración del contrato.

4) La interpretación contextual

La interpretación contextual (también llamada “interpretación armónica o sistemática”) es la pauta interpretativa, complementaria de la anterior, que propone descifrar el significado de las palabras y/o expresiones empleadas por las partes del contrato, conforme al contexto al que pertenecen.

El contrato conforma una unidad intelectual constituida por diversas piezas (las cláusulas), cada una de las cuales está en armonía con las otras y con el contrato en su conjunto. Por tal motivo, el art. 1064 CCyC dispone que las cláusulas de los contratos deben ser interpretadas de manera armónica y desde la perspectiva del contexto, es decir, “las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto”.

5) La interpretación extra-textual

Dice al respecto el art. 1065 CCyC: “Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: a) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; b) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración; c) la naturaleza y finalidad del contrato”.

La disposición transcripta introduce la pauta interpretativa de carácter subsidiario llamada “interpretación extra-textual”. Tal prescripción hermenéutica sólo podrá aplicarse en caso de insuficiencia de la interpretación gramatical y contextual. Cuando el significado de las palabras empleadas, contextualizado en la unidad del contrato, fuere insuficiente para desentrañar la intención común de las partes conforme al principio de la buena fe, el intérprete podrá tomar en consideración los factores subsidiarios extra-textuales que se mencionan en los tres incisos de la norma. La disposición no establece ninguna jerarquía entre ellos, de modo que corresponderá al intérprete ponderar el peso relativo de cada uno.

Los referidos criterios subsidiarios de interpretación son: a) las circunstancias relativas a la celebración del contrato: Entre las circunstancias que preceden a la celebración del contrato, cobran particular importancia para el intérprete los contenidos de las cartas de intención, las minutas, los memorandos, los correos electrónicos, y en general, todas las comunicaciones dirigidas entre las partes en las negociaciones preliminares. Cabe advertir que, dado que estos elementos exploratorios de los intereses de los contratantes son habitualmente desechados, sólo tienen relevancia si son compatibles con el acuerdo; más no si lo contradicen; b) la conducta de las partes: los comportamientos de los contratantes, anteriores, simultáneos y posteriores a la celebración de contrato, suelen también generar indicios sobre cuál pudo haber sido la intención común de las partes. Tales, por ejemplo, sus declaraciones, los silencios ante una intimación, etc.; c) la naturaleza y finalidad del contrato: la aplicación de esta pauta interpretativa está vinculada con la calificación del contrato.

6) El principio de conservación

Es la regla hermenéutica, también subsidiaria, que impone al intérprete la pauta de preservar el negocio cuando se ha puesto en tela de juicio la eficacia o invalidez del contrato, o de alguna de sus cláusulas (art. 1066 CCyC). Esta pauta interpretativa se aplica solamente en caso de duda; de ser claro el resultado de la invalidez del contrato o de alguna de las cláusulas, el juez estará obligado a declararla, y cuando el vicio afectare al orden público, podrá hacerlo aun de oficio.

7) El principio de protección de la confianza

Según el art. 1067 CCyC: “La interpretación [del contrato] debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

La norma transcripta describe la llamada “Doctrina de los Actos Propios”, particularmente esencial en las relaciones mercantiles. Conforme a esta doctrina, nadie puede colocarse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo conductas incompatibles con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Por tales motivos, los contratantes deben tener comportamientos coherentes con su conducta previa y no pueden interpretar los contratos de modo contradictorio con tales comportamientos.

Contratos por adhesión

El principio general en materia de interpretación se halla establecido en el art.987 CCyC: “Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente”.

Se trata de una regla que complementa a las previsiones antes vistas, referidas a la interpretación de los contratos discrecionales o paritarios.

Contratos de consumo

La regla básica está contenida en el art.1095: “El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa”.

“La función de la interpretación pro-consumidor es la de distribuir de la manera más equitativa posible los riesgos creados a través de las formulaciones ambiguas, de lo que se sigue la necesidad de privilegiar en la interpretación la situación del más favorecido por causa de dicha equivocidad inducida por el más poderoso”. El texto del art.1095 “no requiere la existencia de duda para la aplicación del beneficio general conferido al consumidor, lo que significa que en cualquier hipótesis las cláusulas contractuales deben ser interpretadas en favor de éste”²⁰.

Calificación del contrato

La calificación del contrato es la actividad del intérprete que tiene por objeto determinar la finalidad económica y social perseguida por los contratantes y la categoría jurídica a la que pertenece el acuerdo. Tal actividad comprende las labores de identificar su tipo contractual (tipicidad legal o social) y la de establecer sus características esenciales (contrato gratuito u oneroso, con formas libres o impuestas por la ley, etc.).

²⁰ ZENTNER, Diego H., *Contratos de Consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p.185/6.

La calificación que las partes le atribuyen al contrato (compraventa, locación, mandato) no es vinculante para el intérprete. Lo que importa es determinar la verdadera naturaleza jurídica del negocio, con independencia del nombre que las partes le hayan atribuido. Con todo, la calificación dada por éstas al acuerdo no es irrelevante dado que proporciona al intérprete uno de los elementos necesarios a tener en cuenta cuando busca indagar cuál pudo haber sido la intención común de los contratantes.

Integración de los contratos

La integración del contrato es la actividad del intérprete que tiene por objeto llenar el vacío normativo creado por la falta o la invalidez parcial de alguna de las reglas del acuerdo.

La integración resulta necesaria, entonces, cuando al intérprete (juez o árbitro) se le plantea alguna de estas dos situaciones:

- * la falta de una regla de conducta

Ello podrá ocurrir cuando las partes han arribado a un acuerdo en los contenidos esenciales del contrato, pero no han previsto un determinado aspecto cuyo esclarecimiento es indispensable para ejecutar lo acordado (ej. cuando en una locación de inmuebles las partes no han pactado expresamente un plazo, el contrato se considera celebrado por el término mínimo legal de dos años);

- * la nulidad parcial de alguna regla de conducta que impide ejecutar lo pactado

Ello podrá ocurrir cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato y es necesario llenar ese vacío normativo porque de lo contrario no se puede ejecutar el acuerdo; en tal supuesto el intérprete debe integrar el contrato incorporando la conducta faltante o desplazada (ej. cuando en un mutuo oneroso el juez invalida la cláusula de intereses por resultar usuraria, debe fijar otra tasa alternativa que permita determinar el alcance de la obligación del deudor).

4. EFECTOS DE LOS CONTRATOS

Se denomina efectos de los contratos a las consecuencias jurídicas que produce el acuerdo; esto es, la creación, modificación, transmisión, o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales.

El Código Civil y Comercial reglamenta con precisión este tema en los arts. 1021 a 1024, lo cual permite ahora establecer con claridad quiénes son los sujetos alcanzados por los efectos emergentes de un contrato y quiénes son las personas sometidas al cumplimiento de las prestaciones que de ellos resultan.

El efecto relativo de los contratos

Los contratos producen efectos entre las partes, se extienden activa y pasivamente a sus sucesores universales, y carecen de efectos con relación a terceros.

El art.1023 dispone: “Se considera parte del contrato a quien: a) lo otorga a nombre propio, aunque lo haga en interés ajeno; b) es representado por un otorgante que actúa en su nombre e interés; c) manifiesta la voluntad contractual, aunque ésta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación”.

La norma tiende a establecer la diferencia entre quien es parte del contrato y el signatario u otorgante del acto.

El primer supuesto (inciso a), alude a la parte del contrato que actuando personalmente y en interés propio, protagoniza la relación jurídica contractual y se le imputa la consecuencia patrimonial del acto. La norma incluye el supuesto de aquel otorgante que actúa en nombre propio -es parte del contrato- pero lo hace en interés ajeno, tal como es el caso del comisionista (mandatario sin representación).

El segundo supuesto (inciso b), alude al signatario u otorgante que actúa en nombre y por cuenta de quien es parte del contrato, ejerciendo su representación. Podrá tratarse aquí de un representante legal (padres, tutores o curadores), un representante voluntario (mandatario) o un representante orgánico (representantes de personas jurídicas).

El tercer supuesto (inciso c), alude al sujeto -parte del contrato- que actuando a través de un nuncio o mensajero, o por intermedio de un agente de comercio (corredor o viajante), manifiesta su voluntad contractual a través de otro sujeto que es un delegado sin representación.

Sucesor Universal es el sujeto a quien se le transmite todo o una cuota parte del patrimonio de otra persona.

La única sucesión universal admitida en el derecho argentino es la que tiene lugar por la muerte del causante de la transmisión (sucesión mortis causa), y los sucesores universales son los “herederos”

de la persona fallecida, en su doble condición posible de herederos testamentarios o herederos legítimos. Ello sin perjuicio de lo establecido respecto de los “legatarios de cuota”.

La transmisión del patrimonio de la persona fallecida comprende los derechos y obligaciones nacidos de los contratos celebrados por el autor de la sucesión, y sus herederos -como Regla General- quedan colocados en la misma posición jurídica que le correspondía a su causante en esos contratos. De este modo, en un contrato de locación, por ejemplo, los herederos del locador resultaran ser acreedores del pago de los alquileres y deudores de la obligación de mantener al inquilino en la ocupación de la cosa hasta completar el plazo; y recíprocamente, los herederos de locatario resultaran ser acreedores del derecho a completar el plazo del contrato y deudores del pago de los alquileres.

Dice al respecto el art. 1024 del CCyC: “Los efectos del contrato se extienden, activa y pasivamente, a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que de él nacen sean inherentes a la persona, o que la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación, o esté prohibida por una cláusula del contrato o la ley”.

Las excepciones a la regla mencionadas en la norma son las siguientes:

*Obligaciones inherentes a la persona del deudor

El supuesto se refiere a las obligaciones contractuales creadas teniendo en cuenta las cualidades personales deudor (su ciencia, su arte, su destreza personal). Técnicamente se las denomina *intuitu personae* (ej. la obra de un artista plástico). Estas deudas no se transmiten a los herederos del obligado porque sólo pueden ser cumplidas por él y su cumplimiento por otro no interesa al acreedor.

* Transmisión incompatible con la naturaleza del contrato

Así acontece, por ejemplo, en el contrato de mandato. El mandato es un negocio jurídico basado en la confianza recíproca de los contratantes, de modo tal que por su naturaleza, los derechos y obligaciones que nacen de este contrato son intransferibles y no se transmiten los herederos de las partes. Por tal motivo, el art. 1329, inc. e, CCyC establece respecto del mandato que la muerte o incapacidad del mandante o del mandatario son causales de extinción del contrato.

Los Terceros

Tercero es toda persona que no ha concurrido con su voluntad a la formación del contrato. Genéricamente, se consideran de este modo a quienes resultan ajenos a la relación jurídica.

Como regla, conforme al precepto del efecto relativo, los contratos no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros. Sin embargo, pueden señalarse algunas excepciones a esta regla.

En principio, corresponde distinguir dentro de este género dos categorías de terceros: los llamados “terceros interesados”, y por oposición, los “terceros no interesados”. Los primeros son aquellos terceros que pueden invocar algún interés patrimonial legítimo afectado por un negocio jurídico en el que ellos no han intervenido (Ej. los acreedores de las partes); los segundos, también llamados *penitus extranei* (completamente extraños), en cambio, son aquellos terceros totalmente ajenos al negocio (Ej. el resto de la comunidad), y por consiguiente, carentes de interés jurídico en la relación contractual.

Respecto de los terceros interesados, su interés radica en que el contrato celebrado por su deudor aumenta o disminuye la solvencia del obligado. De este modo, quienes hubieren contratado previamente con alguna de las partes, quedan necesariamente afectados por la modificación patrimonial -positiva o negativa- que produce el acuerdo. En tales supuestos, por excepción, los efectos de un contrato pueden alcanzar a quienes no han sido parte de ellos. Es debido a este interés que a tales terceros, en defensa de sus derechos, se les reconoce la facultad de promover las llamadas “acciones integradoras del patrimonio” (subrogatoria, simulación o revocatoria).

Estipulación a favor de tercero

La estipulación a favor de terceros es un contrato por la cual una parte (“el promitente”) se compromete ante la otra (“el estipulante”) a cumplir una determinada prestación en beneficio de un tercero (“el beneficiario”). Si bien el beneficiario de la estipulación es el acreedor de la prestación convenida por las partes, resulta ser tercero en la estructura del negocio entre el estipulante y el promitente.

La estipulación a favor de terceros es la figura más relevante dentro del modelo de incorporación de terceros al contrato. Ejemplos de estas estipulaciones son, entre otras: los seguros de vida, las donaciones con cargos establecidos en favor de terceros, los contratos de renta vitalicia pactados en beneficio de terceros.

La relación entre el promitente y el beneficiario es directa. Pero para que ello ocurra el tercero debe previamente aceptar el beneficio; cumplida la aceptación, su derecho queda definitivamente adquirido. El tercero beneficiario tiene acción directa contra el promitente para obtener el pago de la prestación.

Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato (remisión)

Tal como se expuso, el efecto del contrato es la creación, modificación, transmisión o extinción de relaciones jurídicas. El incumplimiento de las obligaciones nacidas de los contratos ha sido analizado en la Unidad Temática IV, punto 3. Efectos de las obligaciones en general, lugar al que remitimos.

Excepción de incumplimiento contractual

Tradicionalmente, en doctrina se han estudiado como efectos típicos de los contratos bilaterales a la excepción de incumplimiento contractual y al pacto comisorio.

En los contratos bilaterales existen obligaciones recíprocas, lo cual obliga a mantener cierto equilibrio, que explica que una de las partes no esté obligada a cumplir si la otra no cumple (excepción de incumplimiento contractual) o que pueda extinguir el contrato frente al incumplimiento (pacto comisorio)²¹.

Desarrollaremos aquí la excepción de incumplimiento contractual y daremos una breve noción del pacto comisorio.

En concordancia con los principios constitucionales que consagran la prevención del daño (arts. 41, 42, 43 CN), el Código Civil y Comercial dedica los arts. 1031 y 1032 a regular tres dispositivos tendientes a prevenir, o al menos atenuar, los efectos dañosos que puede producir el incumplimiento contractual. Ambas normas tienen en común el objetivo de autorizar al contratante de un acuerdo bilateral a incumplir sus obligaciones si el otro no cumple las propias o si existe un riesgo cierto de que las pueda incumplir.

Esta defensa tiene lugar cuando alguna de las partes de un contrato bilateral de ejecución simultánea, es demandada judicialmente por la otra reclamándole el pago de una prestación principal, sin haber cumplido u ofrecer cumplir su correlativa contraprestación; o bien, cuando habiéndola cumplido, lo ha hecho de modo irregular (tardía, parcialmente o de manera defectuosa). La defensa no prospera si el reclamante demuestra que su obligación tiene plazo o que se encuentra sujeta a condición suspensiva.

El fundamento jurídico del instituto que se analiza se apoya en el principio de la equidad, por cuanto, si la parte emplazada a cumplir en las circunstancias descriptas cumple su prestación, tendría luego que reclamar el recíproco cumplimiento de su contraparte, afrontar las contingencias de un nuevo

²¹ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los Contratos – Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p.646.

litigio, y correr con el riesgo de la eventual insolvencia de ese contratante en el momento del reclamo.

La excepción de incumplimiento (total o parcial) está regulada en el art. 1031, 2ª parte, del CCyC en los siguientes términos: “La suspensión [de cumplimiento del contrato] puede ser deducida judicialmente como acción [suspensión judicial de cumplimiento] o como excepción [excepción de incumplimiento]”.

Las características de la excepción de incumplimiento son las siguientes:

- a) La defensa que opone el deudor demandado no persigue dejar sin efecto el contrato, sino paralizar el derecho del acreedor demandante.
- b) Se trata de una defensa dilatoria del pago, pero no tiene índole procesal sino que está basada en el derecho sustancial o de fondo.
- c) Se sustenta en la regla de ejecutar los contratos de buena fe.
- d) Tiende a mantener el equilibrio de los contratantes.
- e) El incumplimiento del reclamante debe ser grave (no intrascendente) y debe estar referido a una obligación principal del contrato.

Pacto comisorio

En los artículos 1083 a 1089 CCyC se regulan las vías que puede seguir el acreedor de una obligación contractual ante el incumplimiento de la contraparte. Se trata de supuestos en los que existe un reproche hacia uno de los contratantes por haber incumplido total o parcialmente alguna de las prestaciones significativas del acuerdo. La regulación se aplica sólo a los contratos bilaterales y se ha establecido teniendo en cuenta la medida del interés del acreedor, determinándose a su respecto distintas alternativas.

El pacto comisorio o cláusula resolutoria, es la previsión contenida en el contrato por la cual, mediante una declaración de voluntad recepticia, la parte que ha cumplido sus obligaciones extingue retroactivamente el contrato, basado en el incumplimiento de una prestación esencial de la contraparte.

Existen dos variantes de este pacto: 1) el Pacto Comisorio Expreso o “cláusula resolutoria expresa o convencional” (aplicable a todos los contratos onerosos), y 2) el Pacto Comisorio Implícito o “cláusula resolutoria implícita o legal” (aplicable únicamente a los contratos bilaterales). Recordemos que un contrato es oneroso cuando la ventaja que obtiene una de las partes lo es en virtud de una contraprestación que ella debe cumplir, siendo indiferente la comparación de valores

de las prestaciones (no es preciso que exista una relación de equilibrio o equivalencia entre las prestaciones). En los bilaterales o sinalagmáticos las partes se obligan en forma recíproca, la una hacia la otra (reciprocidad, implica correspondencia entre ambas prestaciones). Como consecuencia de esto, todos los contratos bilaterales son onerosos, pero no a la inversa.

Reparación del daño contractual (remisión)

Para la procedencia o improcedencia de la reparación del daño derivado del incumplimiento contractual deberá estarse a los presupuestos de la responsabilidad civil: existencia de una acción u omisión antijurídica (no respetar la palabra empeñada); imputabilidad subjetiva de tal acción u omisión, a título de dolo o culpa; existencia de daño; relación de causalidad entre la acción u omisión antijurídica y el daño causado. Remitimos a la Unidad Temática IV, punto 6.

5. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS. CAUSAS ORIGINARIAS Y SOBREVINIENTES.

La extinción del contrato implica, en general, la pérdida definitiva de su eficacia, lo que significa que, definitivamente, no habrá de producir efectos jurídicos²².

El vínculo contractual puede concluir en virtud de circunstancias contemporáneas a la formación del acto, aun cuando éstas se manifiesten ulteriormente, o bien a través de causas que actúan ya en el plano de los efectos, o con posterioridad a la constitución del acuerdo. Denominamos a las primeras causas originarias, y a las segundas, causas sobrevinientes²³.

La nulidad del contrato se enmarca dentro de las causales originarias y para su estudio remitimos a lo expresado en la Unidad Temática III, punto 6., relativo a la Ineficacia de los actos jurídicos.

El Código Civil y Comercial regula como medios extintivos del contrato a la rescisión bilateral; a la extinción por declaración de una de las partes (rescisión unilateral); a la revocación y a la resolución. Todas ellas constituyen causas sobrevinientes.

Rescisión bilateral

La rescisión bilateral es un acuerdo de voluntades que deja sin efecto el contrato. Se trata un contrato que pone fin a otro contrato. Esta convención es conocida también con el nombre de “distracto” (del latín: “dis” = separación; “tractus” = encadenamiento). Mediante la rescisión bilateral las partes de un contrato pueden, en cualquier momento, extinguir total o parcialmente las

²² STIGLITZ, T.II, p.180.

²³ LOVECE-GHERSI, 393.

obligaciones creadas por ellas. Dado que el acuerdo de voluntades crea el vínculo contractual, puede también aniquilarlo o extinguirlo. Es condición necesaria de este medio extintivo que existan obligaciones pendientes de pago; de otro modo, si todas las prestaciones hubieran sido cumplidas y se pactara una “restitución de lo pagado”, no habrá rescisión bilateral, sino un nuevo contrato. Las formalidades de este acuerdo dependen de las formas del contrato originario, y en caso de no requerirse alguna, habrá libertad de formas para su implementación.

Los efectos de la rescisión bilateral dependen de la voluntad de los contratantes. Las partes pueden pactar la retroactividad del acuerdo rescisorio y restituirse mutuamente lo que hubieran recibido la una de la otra; o bien, pueden acordar la extinción del contrato originario hacia el futuro, quedando firmes los efectos ya cumplidos. Si nada han convenido, los efectos son siempre hacia el futuro. Cabe aclarar, sin embargo, que la retroactividad resultante de una rescisión bilateral no puede perjudicar derechos que terceros hubieren adquirido durante la vigencia del contrato originario (art. 1076 CCyC).

Rescisión unilateral

La rescisión unilateral (o rescisión propiamente dicha) es el medio extintivo que queda supeditado a la decisión (declaración unilateral de voluntad) de alguna de las partes del contrato y que puede ser ejercida, total o parcialmente, por uno o ambos contratantes, cuando ello se encuentra autorizado por una norma legal o convencional (art. 1077 CCyC).

Este modo anormal de extinción contractual, entonces, puede tener su origen en la ley o en el propio contrato.

El Código Civil y Comercial, por ejemplo, contempla supuestos de rescisión unilateral cuando regula ciertos contratos de duración. Así nos encontramos con esta facultad en la reglamentación del contrato de concesión (art. 1508), en el contrato de franquicia (art. 1522), en los contratos bancarios (art. 1383), en el de cuenta corriente (art. 1441), en la locación (arts. 1203 y 1218), en el comodato (art. 1541), entre otros.

Asimismo, como regla, en los contratos de duración indeterminada (distribución, agencia, suministro, medicina prepaga, seguros, asistencia tecnológica, tiempo compartido, entre otros), la facultad de extinguir unilateralmente el acuerdo sin acreditar justa causa se encuentra implícita. Ello no obstante, conforme lo establecido en el art. 1011 CCyC, esta facultad no puede ser ejercida en forma abusiva en aquellos vínculos en los que el transcurso del tiempo es esencial para el

cumplimiento del objeto; por ello la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en un ejercicio abusivo de sus derechos.

También es posible la rescisión unilateral por vía convencional. Las partes al contratar pueden establecer la facultad de rescindir unilateralmente el acuerdo si se presentan determinadas circunstancias previstas en la convención. En tal supuesto, la extinción no es el resultado de un contrato sobreviniente -como ocurre en la rescisión bilateral-, sino que la atribución de extinguir el vínculo nace junto con el propio negocio jurídico, facultando el posterior ejercicio para uno o ambos contratantes de manera individual. En otras palabras, si bien este medio extintivo se manifiesta como resultado de una ruptura unilateral, es el producto del ejercicio de una facultad previamente acordada entre los contratantes.

Los efectos jurídicos de la rescisión unilateral operan siempre hacia el futuro y no perjudican los derechos de terceros (art. 1079, inc. a, CCyC).

Revocación

La revocación es el medio extintivo que consiste en la facultad de una de las partes de dejar sin efecto un contrato mediante una declaración unilateral de voluntad, en los casos previstos por el ordenamiento legal. Esta causal extintiva de excepción tiene su fuente exclusiva en la ley y no puede ser pactada por los contratantes al margen de ella.

El campo propio de aplicación de la revocación es el de los actos jurídicos unilaterales -y los contratos no lo son-, pero se la utiliza traslativamente en el ámbito contractual para la donación, debido al paralelismo que existe entre las donaciones y los testamentos. Se trata aquí de una decisión (declaración unilateral de voluntad) que deja sin efecto una liberalidad cuando existe una causa legal que lo justifica. En tal sentido, la donación puede ser revocada por ingratitud del donatario o por incumplimiento de los cargos. Sin embargo, tal consecuencia no opera “ipso jure”; es menester que el donante fundado en algunas de esas causales pida la revocación.

En el ámbito de los contratos onerosos -donde habitualmente no se aplica este instituto-, la pérdida de la confianza (cuando ella configura un presupuesto del negocio jurídico) puede excepcionalmente actuar también como fundamento de la revocación. Esto es lo que ocurre en el mandato oneroso donde la ley confiere al mandante la facultad revocar el contrato sin invocar justa causa (art. 1329, inc. c, CCyC), y otro tanto sucede en el fideicomiso, en el que se admite la revocación del contrato por el fiduciante cuando este se reservó expresamente esa facultad (art. 1697, inc. b, CCyC).

Los efectos jurídicos de la revocación operan siempre hacia el futuro y no perjudican los derechos de terceros (art. 1079, inc. a, CCyC).

Resolución

La resolución es el medio extintivo establecido por las partes o previsto en la ley, que extingue total o parcialmente un contrato, en virtud de una causa sobreviniente a la formación del acuerdo.

Para resolver un contrato debe configurarse necesariamente la causal prevista en la ley o la convención. En la aplicación del pacto comisorio, por ejemplo, la causa que legitima la resolución del contrato es el incumplimiento de la otra parte; en la imprevisión contractual, la excesiva onerosidad sobreviniente; en los vicios redhibitorios, la exteriorización de vicios ocultos en la cosa; en la condición resolutoria, el cumplimiento del evento futuro e incierto previsto; en la frustración de la finalidad, el fracaso definitivo de la causa-fin del contrato; etc.

La resolución, a diferencia de los otros modos extintivos antes analizados, tiene como característica que opera retroactivamente entre las partes, pero quedando siempre salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe a título oneroso (art. 1079, inc. b, CCyC). En los contratos bilaterales la retroacción no alcanza a las prestaciones equivalentes, divisibles y recíprocamente cumplidas (art. 1081, inc. b, CCyC).

Frustración de la finalidad del contrato

La frustración de la finalidad del contrato es una novedad legislativa introducida por el Código Civil y Comercial, dado que este instituto no existía en el régimen anterior.

En ocasiones, el cumplimiento estricto de lo acordado en el marco de un contrato puede conducir a un resultado disvalioso por haberse quebrado las bases objetivas de la convención. Cuando ese cambio fáctico afecta el valor de las prestaciones provocando una excesiva onerosidad sobreviniente, el resultado disvalioso se corrige mediante la aplicación del remedio previsto en el art. 1091 CCyC para la imprevisión contractual.

Cuando, en cambio, la ruptura de la base objetiva se produce no en el objeto del contrato sino en la finalidad perseguida por las partes al contratar (la causa-fin del negocio), la respuesta proviene del instituto conocido como “frustración de la finalidad del contrato” regulado en el art. 1090 CCyC.

Establece el art. 1090 CCyC: “La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su

declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

Conforme se establece en la norma legal citada, la frustración definitiva de la finalidad del contrato (motivaciones perseguidas por las partes al contratar) autoriza al contratante perjudicado a declarar la resolución del acuerdo, siempre que se reúnan los requisitos establecidos en la ley. Dado que, tal como se analizó precedentemente, la causa-fin es un elemento esencial del contrato, la frustración del motivo determinante del negocio jurídico afecta su pervivencia. La resolución opera a partir del momento en que la parte frustrada comunica a la otra (judicial o extrajudicialmente) su decisión de resolver. Aclara la norma que, si la frustración de la finalidad fuere sólo temporaria, el derecho a resolver se mantiene sólo cuando el cumplimiento oportuno del contrato fuere esencial. Este remedio fue elaborado a comienzos del siglo XX por la jurisprudencia inglesa y su origen (si bien existen precedentes anteriores) se remite a los festejos por la coronación del Rey Eduardo VII (1902/1910), sucesor de la Reina Victoria.

En aquella oportunidad -como aún hoy es habitual-, en la ruta del desfile real se alquilaron espacios inmobiliarios en ventanas y balcones para presenciar su desarrollo. Tales contratos quedaron malogrados porque el rey enfermó gravemente y debió postergarse unos meses el evento. Algunos contratos cambiaron su fecha, pero otros desembocaron en los conflictos judiciales que debió resolver finalmente la Corte de Apelaciones de Londres en 1903. Las sentencias de aquellos Tribunales dieron origen a la solución judicial que ahora analizamos.

El ámbito de aplicación de esta doctrina se restringe a los contratos de ejecución diferida o continuada. No es aplicable, por lo tanto, a los contratos de ejecución instantánea dado que la frustración de la causa requiere de una variación de las circunstancias fácticas existentes en el momento de contratar, y por definición en esos contratos no hay ninguna.

Para la aplicación del instituto de la frustración de la causa-fin del contrato deben reunirse los siguientes requisitos:

1. Debe tratarse de un contrato de ejecución diferida o continuada
2. Debe existir una causa-fin que pueda considerarse expresa o implícitamente incorporada al contrato

Para quedar incorporada al contrato, la finalidad del acuerdo debe haber sido conocida o resultar cognoscible por ambos contratantes; tal como así ocurrió en los llamados “casos de la coronación”.

3. Frustración del motivo determinante del contrato

El evento debe crear un impedimento objetivo de lograr la finalidad que las partes tuvieron en miras al contratar, aun cuando se cumplan las prestaciones.

4. La frustración de la causa debe haberse originado en un hecho extraordinario y ajeno a las partes

5. Invocación por el afectado

La parte afectada debe invocar la doctrina de la frustración de la causa.

En el caso de encontrarse reunidas las condiciones de aplicación de la doctrina referidas, la parte perjudicada por el evento puede plantear por vía extrajudicial (mediante comunicación fehaciente), o solicitar de un juez por vía de acción (o por excepción si la otra parte le reclamara el pago), la resolución del contrato.

Equivalencia e inequivalencia de las prestaciones

La equivalencia de las prestaciones tiene estrecha relación con la buena fe y el abuso del derecho, principios a los que el Código Civil y Comercial ha llevado a la categoría de reglas básicas aplicables al ejercicio de los derechos (art.9 y 10).

La equivalencia de las prestaciones debe plasmarse en las negociaciones previas que mantienen las partes. Las desproporciones e inequivalencias surgirán luego.

En nuestro ordenamiento jurídico es posible quebrar esa equivalencia de prestaciones en dos supuestos: como consecuencia de la actitud de uno de los contratantes –la lesión subjetivo-objetiva- y como situación objetivo-externa sobreviniente a la formación de la obligación –la teoría de la imprevisión- ²⁴.

Veremos a continuación ambos supuestos

La lesión subjetiva-objetiva

La lesión como vicio propio de los actos jurídicos en general ha sido analizada en el punto 5. De la Unidad III. Nos remitimos a lo allí expuesto y en este lugar analizaremos sucintamente el instituto de la lesión en el campo de los contratos, y en particular, veremos el modo en que esta anomalía incide en la fuerza obligatoria del acuerdo.

²⁴ LOVECE-GHERSI, 409.

La lesión se configura cuando una de las partes del contrato, explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtiene por medio del acuerdo una ventaja patrimonial que resulta evidentemente desproporcionada y sin justificación (doctrina del art. 332 CCyC).

La lesión es el daño patrimonial que sufre un contratante en el momento de la formación del consentimiento al asumir en forma injustificada prestaciones significativamente desproporcionadas, como resultado de una conducta de su contraparte contraria a la regla de la buena fe.

El fundamento de estas figuras (lesión e imprevisión) estaría dado por el llamado "sinalagma funcional", según el cual, las obligaciones que nacen del contrato bilateral estarían en una especie de interdependencia, de tal manera que aquello que le suceda a una repercutiría en la otra. Cada una de las prestaciones sería funcionalmente dependiente de la otra.

Dado que la lesión, como la imprevisión, son institutos destinados a proteger la equivalencia de las prestaciones, su ámbito de aplicación también se restringe a los contratos conmutativos, es decir, comprende a todos los contratos bilaterales (Ej. compraventas, permutas, locaciones) y a los unilaterales cuando se pactan onerosos (Ej. mutuo con intereses, fianza retribuida).

Los contratos excluidos de la figura de la lesión son:

- a) Los contratos gratuitos dado que la ventaja patrimonial que crea el acto favorece a una sola de las partes, independientemente de toda prestación a su cargo.
- b) Los contratos aleatorios (donde la prestación de una de las partes está sujeta a la ocurrencia de un acontecimiento futuro e incierto), cuando la diferencia prestacional queda comprendida en el álea propia del contrato (el contrato de seguro).

La lesión, como se expresó en el punto 5. de la Unidad III, se compone de tres elementos, dos subjetivos y uno objetivo:

- a) El primer elemento subjetivo corresponde a la víctima. Está configurado por un "estado de inferioridad" de esa parte del contrato. Se trata de un individuo que atraviesa por un estado irregular que se expresa en su situación de necesidad (situación de penuria que restringe su voluntad: riesgo de vida, salud, honor); o su debilidad síquica (prodigalidad, adicciones, senilidad); o su inexperiencia (este elemento se asocia con personas de escasa instrucción o falta de experiencia negocial en razón de su corta edad).
- b) El segundo elemento subjetivo corresponde al lesionante. Se configura por el aprovechamiento y la explotación (ambas conductas de mala fe) de la situación de inferioridad de la contraparte. A

diferencia de lo que ocurre en el “vicio de dolo”, aquí el agente del acto no genera la situación de inferioridad, sino que, existiendo, el lesionante se adueña de ella, la explota y se aprovecha económicamente de esas condiciones anormales. Es un obrar igualmente contrario a la buena fe, porque aun cuando esta parte no maquina ni oculta el estado de cosas para que otro contratante incurra en un error provocado, maneja las condiciones del negocio sabiendo que la contraparte no tiene las herramientas o las cualidades personales necesarias para protegerse de la desventaja.

c) El tercer elemento es objetivo y resulta de la desproporción prestacional. Es necesario que el contrato muestre una evidente desproporción en el valor de las prestaciones. Debe tratarse de una ventaja patrimonial que exceda a la que es aceptada habitualmente en materia de negocios; una leve diferencia no sería suficiente. La ley no establece pautas cuantitativas para establecer las diferencias de estos valores, por lo que para determinarlas el juez deberá estarse a circunstancias del caso.

También se exige que esa ventaja patrimonial no tenga justificación. Establecida la desproporción, su falta de justificación en los contratos conmutativos se presume; incumbe entonces al contratante demandado probar que ella se encuentra justificada, es decir, que obedece a una causa legítima que descarta el aprovechamiento que configura la lesión (Ej. el valor afectivo o histórico del objeto del contrato).

La desproporción debe existir en el momento de la celebración del contrato y subsistir al tiempo de la demanda. Si por cualquier causa externa y ajena al negocio, desaparece la desproporción prestacional o la falta de equivalencia notable, la acción deja de tener sustento.

El lesionado tiene dos remedios para corregir los efectos de la lesión: la acción de reajuste para restablecer el equilibrio de las prestaciones y la acción de nulidad para dejar sin efecto el contrato. En ambos casos es necesaria la vía judicial (nos remitimos a lo expuesto en el punto 5. de la Unidad III).

La imprevisión contractual

Todo contrato nace para cumplirse (“pacta sunt servanda”). Esta regla es un imperativo jurídico que deriva de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad y que impone a los contratantes ajustar su conducta a los términos de lo convenido. Ordinariamente, los cambios corrientes en las circunstancias sociales, políticas, económicas, etc., existentes al tiempo de la celebración del contrato no inciden en el cumplimiento de las prestaciones del acuerdo. Las ventajas y desventajas

patrimoniales que estos cambios corrientes generan integran el riesgo negocial que asume cada parte.

Sin embargo, en aquellos contratos que proyectan sus efectos en el tiempo, puede ocurrir que, al momento del cumplimiento de las prestaciones, hayan cambiado radicalmente las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al contratar. Puede efectivamente ocurrir que, por causa de una alteración extraordinaria e imprevisible, sobreviniente a la celebración del contrato, la ecuación negocial resulte gravemente desquiciada en la etapa de ejecución, y que, como consecuencia de ello, la prestación a cargo de uno de los contratantes haya devenido excesivamente onerosa respecto de la del otro, con grave ruptura del equilibrio prestacional.

La teoría de la imprevisión o “doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente”, da una respuesta justa y equilibrada a esta cuestión, protegiendo el interés de quien en tales circunstancias resulta perjudicado, sin desentenderse de la situación del beneficiado. Conforme a ella, rige en estos casos la regla que impone: “pacta sunt servanda”, pero en tanto y en cuanto las circunstancias permanezcan de modo igual que al tiempo de contratar (cláusula *rebus sic stantibus*).

La doctrina de la imprevisión es una solución excepcional que requiere de suma prudencia a la hora de su aplicación, pues no cualquier alteración de las circunstancias fácticas tenidas en cuenta al contratar, o de la relación de onerosidad genética del contrato, habilita a invocarla. Una solución semejante sería gravemente perturbadora y conduciría inexorablemente a un completo desquiciamiento del sistema de los contratos. De allí la importancia de precisar claramente los extremos de aplicación de la figura y sus efectos.

Conforme al art. 1091 CCyC, la doctrina de la imprevisión se aplica a los contratos conmutativos cuando son de ejecución diferida o permanente, y a los contratos aleatorios, de ejecución diferida o permanente, cuando la excesiva onerosidad sobreviniente resulte de causas extrañas a su alea propia.

Los contratos comprendidos en la norma son los siguientes:

a) Debe tratarse de un contrato oneroso, es decir, aquel en que las partes se prometen ventajas recíprocas o beneficios mutuos, de modo tal que cada parte promete cumplir una prestación para obtener otra. Puede resultar del acuerdo un grado ideal de equivalencia en el valor de las prestaciones, o no; la imprevisión no ha sido instituida para rectificar “malos negocios”, ni para subsanar errores comerciales o financieros de los contratantes.

Pero cuando la desproporción entre ventaja y sacrificio es excesiva, sobreviniente, y obedece a circunstancias imprevisibles y extraordinarias, no imputables al deudor, nos encontramos en el ámbito de aplicación de la teoría de la imprevisión. Cabe agregar que quedan aquí comprendidos todos los contratos bilaterales y los contratos unilaterales cuando se pactan onerosos (Ej. compraventas, permutas, locaciones, mutuos con intereses).

b) El contrato oneroso debe ser conmutativo, es decir, aquel en que el valor de cada una de las prestaciones prometidas se conoce en el momento de contratar; y ese valor es equivalente con el que le corresponde a su contraprestación (lo contrario a contrato conmutativo es contrato aleatorio en el que las ventajas o las pérdidas patrimoniales establecidas para al menos una de las partes no se conocen en el momento de contratar y dependen de un acontecimiento futuro e incierto).

La ruptura del equilibrio prestacional que provoca la imprevisión contractual afecta específicamente a los contratos conmutativos; pero si la excesiva onerosidad sobreviniente proviene de causas extrañas al álea propia de un contrato aleatorio, y se trata de un acuerdo de ejecución diferida o permanente, la parte afectada también podrá solicitar la aplicación de este remedio. (Ej. en el contrato oneroso de renta vitalicia, el riesgo -alea- que asume el deudor del beneficio se relaciona con la duración de la vida del 'cabeza de renta'. Una longevidad extraordinaria de esta persona no podría ser invocada como un "hecho imprevisible". Sin embargo, si las circunstancias imprevisibles y extraordinarias se vinculan con la modificación del valor de la moneda del pago, tal evento podrá quedar comprendido dentro del ámbito de aplicación de la teoría de la imprevisión).

c) El contrato conmutativo o eventualmente aleatorio debe ser de ejecución diferida o permanente

Los "contratos de ejecución diferida" son aquellos en los que su cumplimiento queda diferido hasta la ocurrencia de un evento futuro (Ej. compraventas con plazo establecido en favor del comprador o del vendedor), hecho a partir del cual resultaran exigibles las prestaciones contenidas en ellos.

"Contratos de ejecución permanente o continuada" son aquellos en los que las prestaciones son inmediatamente exigibles y se mantienen en ejecución a lo largo del tiempo (Ej. Locaciones, leasing, mutuos onerosos).

Los contratos excluidos de la norma son los siguientes:

a) Los contratos onerosos de ejecución instantánea (Ej. compraventas al contado)

b) Los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad sobreviniente quede comprendida en el álea propia del contrato (Ej. contrato oneroso de renta vitalicia en el que la persona considerada cabeza de la renta alcanza una longevidad extraordinaria).

c) Los contratos gratuitos.

Los recaudos necesarios para la aplicación de la doctrina de la imprevisión están establecidos en el art. 1091 CCyC en los siguientes términos: la resolución o la adecuación del contrato podrá plantearse cuando “la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada”.

Los requisitos establecidos en la norma son los siguientes:

a) Excesiva onerosidad de la prestación afectada por el evento

El primer requisito esencial para la aplicación de la doctrina de la imprevisión es que el valor de la prestación a cargo de la parte perjudicada se haya tornado excesivamente oneroso comparado con el valor de su contraprestación. Debe haberse producido una grave alteración en el equilibrio de las prestaciones. La ley no establece pautas cuantitativas para establecer las diferencias de estos valores, por lo que para determinarlas deberá estarse a circunstancias del caso.

Tal valoración deberá tener carácter objetivo. No será determinante para este análisis que el cumplimiento de la prestación pueda ocasionar o no la ruina del deudor, sino que se pueda establecer objetivamente la ruptura del necesario equilibrio que debe existir entre el valor de la prestación afectada con el que le corresponde a su contraprestación.

De todos modos, no basta con que medie cualquier alteración en la relación de onerosidad inicial del contrato. La norma exige que la onerosidad sobreviniente sea excesiva (desmesurada, intolerable); lo cual supone que el sacrificio supere en mucho a la ventaja.

b) Alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato

La excesiva onerosidad que afecta el valor de la prestación de la parte perjudicada debe tener por causa una alteración “extraordinaria” de las circunstancias sociales, políticas, económicas, etc., que existían al tiempo de la celebración del contrato.

Tal alteración debe ser “sobrevenida”. Esta es una de las diferencias con la figura de la lesión subjetivo-objetiva que se analiza al final del presente Capítulo: la imprevisión contractual se

desencadena en la etapa de ejecución del acuerdo, desquiciando el equilibrio genético que tenía el contrato.

Debe tratarse, además, de “acontecimientos de carácter general”. Las situaciones o acontecimientos referidos a la persona del deudor no afectan la ejecución del contrato, a menos que configuren un caso fortuito o fuerza mayor que impida el cumplimiento.

Los eventos que suelen configurar supuestos de imprevisión contractual son similares a los que configuran el caso fortuito (Ej. guerras, huelgas, catástrofes naturales, “hechos del príncipe”, etc.). Las soluciones a las situaciones que provocan estos hechos están determinadas por las consecuencias del evento: cuando el hecho provoca la imposibilidad del pago de la prestación del deudor, es dable aplicar la doctrina del caso fortuito; cuando el evento provoca la excesiva onerosidad de una de las prestaciones sin afectar el valor de la otra, podrá aplicarse la doctrina de la imprevisión si se reúnen los demás requisitos establecidos en la ley.

La inflación monetaria constituye un supuesto particular de aplicación de esta doctrina. No todo proceso inflacionario puede ser considerado imprevisible, dado que en nuestro país la aparición del fenómeno se remonta a la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, la inflación desatada fuera de sus cánones habituales puede ser considerada un hecho extraordinario e imprevisible. Esta solución fue excepcionalmente aplicada por los tribunales de nuestro país luego de las crisis económicas acaecidas en los años 1975, 1982, 1990, 2001.

c) La alteración extraordinaria del contrato debe ser ajena a la parte afectada

Es necesario también que la parte perjudicada no haya obrado con culpa ni que se encuentre en mora al momento en el momento de la producción del evento.

La “culpa del perjudicado” se configura por la omisión de las diligencias necesarias para prever la eventual ocurrencia de un hecho previsible. El hecho generador del desequilibrio de las prestaciones, además de extraordinario, debe ser “imprevisible”, es decir, superar los recaudos que las partes hubieren podido establecer obrando con cuidado y previsión.

Respecto de la “mora del perjudicado”, conforme a la regla establecida en el art. 1078, inc. c, CCyC, el deudor que ha incurrido en mora con anterioridad al acontecimiento extraordinario no puede invocar la doctrina de la imprevisión para evitar un perjuicio que sólo resulta de su falta de cumplimiento oportuno. En cambio, la mora causada por el propio hecho imprevisible se llama “mora irrelevante” y no afecta el derecho del perjudicado.

d) El evento debe ser extraño al riesgo asumido por el perjudicado

El contrato paritario es un instrumento de distribución de riesgos por vía convencional. Por tal razón, la causa generadora de la excesiva onerosidad sobreviniente debe ser ajena al riesgo asumido por la parte afectada. La imprevisión contractual no protege singularmente a una de las partes de las consecuencias negativas de un negocio, sino que trata de expurgarlas de una sobrevenida iniquidad nacida de circunstancias ajenas a las partes.

En el caso de encontrarse reunidas las condiciones de aplicación de la doctrina analizadas en los puntos anteriores, la parte perjudicada por el evento puede plantear por vía extrajudicial (comunicación fehaciente), o solicitar de un juez por vía de acción (o por excepción si la otra parte le reclamara el pago), el mantenimiento del acuerdo con un reajuste equitativo del valor de las prestaciones; o bien, en caso de no resultarle viable o conveniente, la resolución total o parcial del contrato. Igual prerrogativa se le reconoce a todo tercero a quien le hayan sido conferidos derechos o asignadas obligaciones resultantes del negocio afectado.

Si la parte perjudicada hubiere optado por la resolución del contrato, la contraparte beneficiada por el evento puede enervar el reclamo (judicial o extrajudicial), ofreciendo mantener el acuerdo con un reajuste equitativo de las prestaciones.

La resolución, a diferencia de los otros modos extintivos anteriormente analizados (rescisión y revocación), tiene como característica que opera retroactivamente entre las partes, pero quedando siempre salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe a título oneroso (art. 1079, inc. b, CCyC). En los contratos bilaterales la retroacción no alcanza a las prestaciones equivalentes, divisibles y recíprocamente cumplidas (art. 1081, inc. b, CCyC).

Diferencias con la imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito

La imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito y la imprevisión contractual presentan ciertas similitudes, sin embargo, sus diferencias son importantes:

- 1) El evento que configura el caso fortuito provoca la imposibilidad de pago de la prestación. El evento que configura la imprevisión contractual no afecta el pago de la prestación, el crédito se mantiene material y jurídicamente posible de cumplimiento, pero su ejecución puede provocar al deudor un grave desmedro patrimonial.
- 2) El caso fortuito extingue el crédito y produce la exención de la responsabilidad del deudor. La imprevisión contractual no extingue el crédito y la responsabilidad del deudor se mantiene, pero lo faculta a solicitar el reajuste o la resolución del contrato.

3) El caso fortuito constituye un remedio aplicable a toda clase de contratos (onerosos y gratuitos, de ejecución instantánea, diferida o continuada). La imprevisión contractual se aplica sólo a contratos conmutativos de ejecución diferida o continuada.

4) La doctrina del caso fortuito se aplica tanto a la materia contractual como extracontractual. La doctrina de la imprevisión se aplica únicamente a las obligaciones contractuales.

Señal o arras

La señal o señal (también llamada arras: del lat. "arrhabo" = garantía), es un elemento accidental de los contratos onerosos por el cual las partes, mediante un pacto, acuerdan la entrega de una suma de dinero o de una cosa mueble para asegurar el cumplimiento del contrato o para facultar su rescisión unilateral mediante el pago de una penalidad.

La señal es, ante todo, un elemento accidental del contrato; es decir, aparece en él cuando las partes expresamente lo incorporan. Debe ser establecida de manera inequívoca, pues tratándose de una cláusula accidental no integra naturalmente el contrato. Puede ser contemporánea o posterior a su celebración; en este último caso, debe pactarse antes del comienzo de ejecución del acuerdo. Dado su carácter no formal (o con formas libres) puede establecerse incluso verbalmente, pero la prueba de su existencia debe ser incontestable. Requiere la entrega efectiva del objeto (dinero o cosa mueble), por lo que tiene naturaleza real; esa es su única formalidad. Si bien la doctrina resalta su aplicación particular a los contratos bilaterales, lo cierto es que no existen fundamentos para impedir extender su aplicación a todos los contratos onerosos, sean unilaterales o bilaterales.

El Código Civil y Comercial establece dos modalidades de la señal asignándole a cada una su función específica.

1. Señal Penitencial

Es aquella que faculta el arrepentimiento. El "arrepentimiento" es el acto jurídico unilateral que exterioriza la voluntad discrecional de una parte de no ejecutar el contrato. En esta modalidad cualquiera de los contratantes puede arrepentirse de su promesa quedando desobligado unilateralmente del acuerdo. Esta variante de la señal debe pactarse expresamente.

En caso de arrepentimiento, "quien entregó la señal (dinero o cosas muebles) la pierde en beneficio de la otra, y quien la recibió debe restituirla doblada" (art. 1059, 2ª parte, CCyC). Dado que aquí rige la autonomía de la voluntad de las partes, puede acordarse también la restitución simple de la señal.

El arrepentimiento puede ser ejercido sin invocar la causa. Su ejercicio debe ser “oportuno”; si el contrato ha fijado un plazo, el derecho podrá ejercitarse hasta su vencimiento; si no hay término fijado, el derecho puede ejercerse hasta la constitución en mora del deudor; finalmente, el derecho de arrepentimiento oportuno se pierde desde que la parte que pretende hacerlo valer ha comenzado a ejecutar el contrato. Por comienzo de ejecución del contrato debe entenderse “todo acto que demuestre inequívocamente la voluntad de cumplir las obligaciones contraídas” (Ej. pagos parciales, cobro de intereses, autorización de mejoras, etc.). El ejercicio del derecho debe ser además de oportuno: “incondicional”, es decir, sin depender de la ocurrencia de un acontecimiento futuro e incierto (Ej. el comprador que se reserva la facultad de arrepentirse para el caso en que no se le conceda el préstamo bancario que está gestionando).

Si no hay arrepentimiento y el contrato se mantiene, cuando lo dado en señal penitencial es de la misma especie que lo debido (por lo normal, la señal se constituye en dinero), la entrega se imputa como pago a cuenta de la obligación principal y se completa la prestación. Si la prestación debida es de diferente especie, o si la obligación es de hacer o no hacer, se restituye la señal a quien la entregó y éste cumple íntegramente su prestación (art. 1060, 2ª parte, CCyC).

La señal penitencial funciona de modo similar a la cláusula penal dado que establece anticipadamente una apreciación tarifada del perjuicio por el incumplimiento del contrato. El valor del objeto entregado en señal (dinero o cosa mueble), o en su caso, la restitución doblada de ese valor, cubre el monto de los perjuicios sufridos por la pérdida de la expectativa contractual que causa el arrepentimiento e impide el reclamo de otros daños. Los contratantes no podrán argumentar que los daños sufridos por el incumplimiento han sido mayores para reclamar una cantidad superior, ni que han sido menores para pretender una reducción de la pena.

2. Señal Confirmatoria

Es aquella que no admite el arrepentimiento y lo entregado en señal (cosas o dinero) implica principio de ejecución del contrato. En el sistema actual esta modalidad se presume. Conforme a la regla del art. 1059 del CCyC, toda señal tiene carácter confirmatorio, salvo pacto expreso en contrario.

El pacto de una señal confirmatoria tiende a fortalecer el vínculo contractual impidiendo su disolución por la voluntad unilateral de los contratantes. Cuando lo dado como señal confirmatoria es de la misma especie de lo que se debe, la entrega se imputa como pago a cuenta y principio de ejecución del contrato. Si la prestación debida es de diferente especie, o si la obligación es de hacer

o no hacer, para la ejecución del contrato se restituye la seña a quien la entregó y cada parte cumple debidamente su prestación (art. 1060, 2ª parte, CCyC).

Finalmente, en caso de incumplimiento de un acuerdo en el que se ha pactado una seña confirmatoria, la parte cumplidora puede reclamar la ejecución del contrato más los daños y perjuicios derivados de la mora, o bien, solicitar su resolución, con más los perjuicios sufridos por la falta de cumplimiento.

Obligación de saneamiento: evicción y vicios redhibitorios

La obligación de saneamiento es otro de los efectos particulares que presentan los contratos onerosos.

Quien contrata a título oneroso, promete realizar un sacrificio para obtener una ventaja; cada contratante se obliga a cumplir una prestación a cambio del pago de una contraprestación. Quien realiza el sacrificio con el objetivo de recibir la ventaja debe obtener a cambio una prestación sin vicios (jurídicos o materiales), es decir, sin restricciones o defectos existentes al tiempo de la transmisión, que alteren conforme a su destino, la expectativa de uso y goce por el adquirente del bien y que disminuyan la entidad retributiva de la contraprestación.

Todo enajenante a título oneroso es responsable frente al adquirente de las consecuencias dañosas emergentes de la evicción y de los vicios redhibitorios. En virtud de ello, las legislaciones reglamentan esas garantías con el nombre genérico de “obligación de saneamiento”.

Se denomina saneamiento a la acción y efecto de reparar o remediar una cosa. El saneamiento vendría a ser el género –la acción y el efecto de remediar tanto los vicios de derecho como de hecho en el objeto transmitido–; la evicción y el vicio redhibitorio, sus dos especies²⁵.

La Obligación de Saneamiento es el deber que asume, en general, el transmitente de un derecho a título oneroso (cualquiera sea la causa de la transmisión: un contrato u otro acto jurídico), de garantizar al adquirente, tanto la ausencia de vicios jurídicos susceptibles de provocar la pérdida, disminución o restricción del derecho transmitido (garantía por evicción), cuanto la inexistencia de vicios o defectos materiales ocultos en el bien objeto de la transmisión (garantía por vicios ocultos y vicios redhibitorios). La obligación de saneamiento se debe en toda transmisión de bienes a título oneroso, tanto de cosas como de derechos.

²⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Teoría general del contrato*, Orbir, Rosario, 1976, p.491.

Garantía de Evicción

La garantía de evicción es la obligación que asume quien ha transmitido un derecho a título oneroso, de asistir o sustituir en un proceso judicial a su adquirente (sea este el actor o el demandado), en razón de algún reclamo proveniente de un tercero que, de prosperar, lo privarían total o parcialmente del derecho adquirido; ello siempre que la pretensión, excepción o defensa del tercero se funde en una causa jurídica anterior o contemporánea al acto de la transmisión. Un supuesto frecuente que activa la garantía de evicción es la demanda de reivindicación entablada por un tercero que invoca ser el propietario de la cosa transmitida por el contrato. Otro supuesto también frecuente es el juicio del acreedor hipotecario o prendario que ejecuta el bien afectado a la garantía del crédito.

Los requisitos para que opere la garantía de evicción son:

- a) Que se trate de una turbación de derecho (total o parcial)

La turbación del adquirente debe estar originada en una demanda judicial, es decir, una acción o una excepción promovida por un tercero que reclama un derecho sobre todo o parte del bien transmitido por el contrato, sea una cosa o un derecho.

Es importante destacar que la garantía no opera respecto de las turbaciones de hecho de terceros que pueda sufrir el adquirente (Ej. ataques vandálicos a la propiedad), ya que en tal caso este contratante deberá ejercer su defensa en forma personal mediante los remedios policiales o judiciales previstos en el sistema legal; ni por turbaciones de derecho provenientes de la ley (Ej. servidumbre forzosa); ni por turbaciones de derecho de causa anterior al contrato que se consolidan después de la transmisión del bien (Ej. usucapión) (Doctrina del art. 1045 CCyC).

- b) Que la turbación tenga una causa anterior o contemporánea a la adquisición

El derecho que invoca el tercero debe tener una causa anterior o al menos contemporánea al contrato que da origen a la transferencia. Los reclamos de terceros de causa posterior al acuerdo son ajenos a la garantía de evicción.

Si la causa que da origen al derecho del tercero es posterior a la transmisión del bien, no funciona la garantía de evicción (Ej. transmisión de la propiedad de un inmueble que luego es expropiado de manera total o parcial por el fisco fundado en razones de utilidad pública).

Los efectos que produce la garantía de evicción son:

- a) El deber de defender el título del adquirente

Ante el reclamo judicial del tercero, el adquirente debe citar a su enajenante o alguno de sus antecesores ("citación de evicción") quienes tienen el deber jurídico de defender la existencia y la

legitimidad del título de la transmisión (regla de la buena fe). El adquirente puede seguir interviniendo en el proceso y mantiene todos sus derechos de parte (art. 1046 CCyC). La falta de citación del transmitente o de alguno de sus antecesores extingue la responsabilidad por evicción. La comparecencia de cualquiera de estos últimos no es obligatoria sino facultativa, pero si han sido debidamente notificados les es oponible la sentencia y sus consecuencias.

Si el garante citado no concurre o habiendo comparecido se resiste a asumir la defensa del adquirente, este debe sin embargo continuar el juicio y sostener sus derechos hasta la sentencia, ya que las omisiones, o el allanamiento al reclamo del tercero o la mala fe de su parte provocan la extinción de la garantía (art. 1048 CCyC). Ello no obstante, nuestra jurisprudencia ha admitido que cuando el derecho del tercero resultara evidente e indiscutible, el adquirente podrá hacer abandono judicial de la cosa y reclamar la garantía de evicción, sin esperar la sentencia.

b) La responsabilidad por evicción

El término “evicción” proviene de los vocablos latinos “evictio” y “evincere” (= el que es vencido) que hacen siempre referencia a una derrota judicial, y que, en este caso, se vincula a la victoria del tercero. Si el tercero lograra vencer en juicio al adquirente, nace para el enajenante su responsabilidad por evicción y la obligación de saneamiento. Si el enajenante fuere de mala fe (conocía los derechos del tercero) debe, además, indemnizar todos los restantes perjuicios sufridos por el adquirente vencido; entre ellos, el costo de las mejoras introducidas a los bienes y el pago de las costas del juicio devengadas por su defensa.

Garantía por Vicios Ocultos o Redhibitorios

En el Código Civil y Comercial, se llaman vicios ocultos a los defectos no ostensibles que existen al tiempo de la transmisión de un bien (cosa o derecho), que el adquirente no conoció ni debió haber conocido con un examen adecuado a las circunstancias del caso en el momento de la adquisición (art. 1053, inc. a CCyC). Se trata de defectos internos ocultos que dan lugar a una “falta de conformidad” entre lo pactado y lo transferido. Los vicios redhibitorios, específicamente, son los vicios o defectos materiales ocultos que hacen a una cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o que disminuyen su utilidad a tal extremo que de haberlos conocido el adquirente no la habría adquirido o su contraprestación hubiese sido significativamente menor (art. 1051, inc. b CCyC).

Algunos supuestos frecuentes de estos vicios o defectos ocultos son los siguientes: afloran humedades o grietas en un inmueble, aparecen problemas funcionales en un artefacto o en una maquinaria, se evidencia una enfermedad congénita en un animal.

El régimen de los vicios ocultos se sustenta en criterios económicos y no jurídicos como el caso de la evicción. Es un supuesto de “responsabilidad objetiva” del transmitente (o su antecesor a título oneroso), quien debe la garantía, aunque sea de buena fe (no conoce la existencia del vicio). La transmisión de mala fe sólo sirve para agravar la situación del transmitente y su responsabilidad por los daños y perjuicios, pero ello es independiente de la obligación de saneamiento que se debe en todos los casos, dado que el fundamento del instituto es recomponer el equilibrio prestacional.

6. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

por Braian Emiliano Cores.

Marco Normativo: Constitución Nacional, Código Civil y Comercial y Ley 24.240

En el año 1993, el Congreso Nacional sancionó la Ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240) en protección de los derechos de los consumidores y usuarios, organizando un régimen jurídico específicamente destinado a la protección de una de las partes del contrato, reconociendo expresamente su vulnerabilidad en el vínculo contractual. De esta manera, se generó un claro avance legislativo que terminó de definirse al año siguiente con la última reforma constitucional de nuestro país.

En consecuencia, y en lo específico, el actual artículo 42 de la Constitución Nacional expresa que: *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la*

necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

El texto constitucional avanzó significativamente en los alcances protectorios de consumidores y usuarios. Mediante la introducción del concepto de “relación de consumo”, se han sobrepasado los límites del contrato de consumo, para así alcanzar –y por tanto, proteger- a todas las circunstancias que rodean, se refieren, constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes o servicios para destino final de consumidores y usuarios²⁶.

“La consagración constitucional de un derecho implica el reconocimiento por parte del Estado de su importancia como principio orientador de sus lineamientos jurídicos, políticos, sociales y económicos (...) No cabe duda que la Argentina, fundamentalmente luego de la reforma constitucional del año 1994, ha colocado el respeto y la tutela de los derechos de los usuarios y consumidores dentro de los principios rectores de la Nación”²⁷.

La reforma al Código Civil introducida por la Ley N° 17.711 del año 1968, implicó el comienzo de grandes modificaciones en la base axiológica del derecho privado argentino. Se abandonó la visión liberal del Código de Vélez Sarsfield, para introducir un enfoque más social, que, de algún modo, atemperara la rigidez de la aplicación estricta del principio de la libertad contractual. A su vez, en distintas situaciones se empezó a vislumbrar el desequilibrio existente en esa presunta relación “entre iguales” de las partes del contrato, cuando lo pactado resultaba sumamente injusto en ciertas circunstancias.

Luego de reiterados intentos frustrados de modificación de la codificación de fondo, con la sanción de la Ley N° 26.994 entró en vigencia, a partir del 1° de agosto del año 2015, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que recepta la temática de los contratos de consumo en su Libro Tercero, Título III, en los artículos 1092 al 1122.

Las disposiciones de la Ley N° 24.240 habían sido modificadas en gran medida en el año 2008 por Ley N° 26.361. En la actualidad, la Ley de Defensa del Consumidor se integra a las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular a la Ley de Defensa de la Competencia (Ley N° 25.156) y a la Ley de Lealtad Comercial (Ley N° 22.802) o las que en el futuro puedan reemplazarlas.

²⁶ FARINA, Juan M., “Relación de Consumo (a propósito del art.42 de la CN”, JA, 1995-I-886.

²⁷ RUSCONI, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, 2da.edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p.69.

Los derechos de los consumidores se incluyen, por lo menos desde el punto de vista de su reconocimiento constitucional, en aquellos llamados de “tercera generación” y que han obtenido su expresa aceptación en las Cartas Magnas internacionales, posibilitándose el uso de nuevas herramientas hermenéuticas, especialmente en derecho privado (los derechos de primera generación son los civiles y políticos; los de segunda generación, los sociales, económicos y culturales; los de tercera generación son los nuevos derechos o derechos colectivos)²⁸.

Los intereses difusos

“La fabricación en serie, la complejidad en los procesos técnicos, el incremento en el número de sujetos intervinientes en la cadena de intermediación, la estandarización de las formas contractuales, la poderosa inducción al consumo y las agresivas técnicas de comercialización son algunas de las manifestaciones en las que se enmarca la contratación moderna...El planteo inicial revela una nueva dimensión de los conflictos: cláusulas leoninas en los contratos de contenido predispuesto, publicidad engañosa, prácticas abusivas de comercialización, productos elaborados defectuosos, etc...Como se observa estamos ante conductas que desbordan el campo de los intereses individuales para afectar a vastas pluralidades de sujetos de manera indeterminada. Surge así la noción de intereses difusos o colectivos, sobre la idea de determinados derechos cuya titularidad aparece como indivisible, y en respuesta a necesidades de la vida social. Entendemos por intereses difusos aquellos derechos que pertenecen indistintamente a toda la comunidad o a un grupo dentro de ella, frente a situaciones que afectan a un conjunto de sujetos en forma atomizada y despersonalizada, susceptibles de causar daños efectiva y potencialmente”²⁹.

Se trata de intereses de la comunidad en general de que se respeten ciertos derechos que corresponden a sus integrantes, tales como la tutela del medio ambiente, la protección de la fauna y la flora, los valores espirituales o culturales y los vinculados a la protección del consumidor (conf. art.42 C.N.).

No solamente la persona es ahora protegida por el derecho privado, sino su ambiente y la comunidad en donde se integra. Es decir que se toma a la persona en relación con las demás

²⁸ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., en ALTERINI, Jorge H. (director), Código Civil y Comercial Comentado-Tratado Exegético, 2da.edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, Tomo V, p.782/3. Conf. BALBÍN, Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2011, T° I, p.113.

²⁹ LOVECE, Graciela-GHERSI, Carlos A., *Derecho Económico*, Errepar, Buenos Aires, 2013, p.434/5.

personas y asentada en su hábitat. A esta trilogía le corresponden derechos, los cuales están garantizados por la acción de amparo, que puede interponerse contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general (art. 43 2ª parte de la C.N.).

No solamente se protege a los derechos en su materialización colectiva, sino que la propia constitución organiza quienes podrán ejercerlo a ese nivel colectivo; así señala que además del afectado podrán interponer la acción el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan esos fines (art. 43 última parte CN)³⁰.

Si la ampliación de los canales de participación en materia de uso y consumo surge del art.42 CN, la ampliación de la legitimación para reclamar judicialmente en caso de inobservancia o violación de los derechos reconocidos deviene del art.43, regulatorio de la acción de amparo, cuyo ejercicio para para la defensa de los derechos que protegen a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, puede ser efectuado tanto por el afectado cuanto por el Defensor del Pueblo y por las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley. Respecto de los efectos de la decisión judicial en el marco de un reclamo vinculado a los derechos de uso y consumo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el caso “Halabi, Ernesto c/PEN, Ley 25.873, Decreto 1563/04 s /Amparo Ley 16.986”, fallado el 24 de febrero de 2009, que el citado art.43 de la Constitución Nacional había creado una suerte de “acción colectiva”, con similares consecuencias a la *class action* norteamericana, entendida como la habilitación procesal para que una persona o un grupo reducido pueda representar a un número mayor que tiene un interés común, mediante el agregado de presentaciones que son asumidas y resueltas como una sola³¹.

Relación de consumo. Consumidor. Proveedor

La relación de consumo es el vínculo jurídico existente entre el consumidor o usuario y el proveedor. Posee protección constitucional y legislativa. “Comprende todas las etapas, circunstancias y

³⁰ RINESSI, Antonio J., “Los derechos colectivos de los consumidores”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba -acaderc.org.ar/doctrina/articulos- (entrada el 17-III-2020).

³¹ Conf. ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2da.edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, T.I, p.556/7.

actividades destinadas a colocar en el mercado bienes y servicios para ser adquiridos por los consumidores y usuarios, existiendo en esta relación, desde su inicio un acto voluntario –cuando el bien se produce, fabrica o elabora-, cuyo objetivo comercial –indiscutida intención de todos los que desempeñan esta actividad-, es llegar a los consumidores en forma directa o indirecta, incluyendo en ésta la promoción del producto, siendo responsables de todos los que intervienen en la relación de consumo, ante los consumidores y usuarios por la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”³².

El artículo 1° de la Ley N° 24.240 (y modificatorias) indica que se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

“Es menester señalar que el consumidor contratante debe actuar como destinatario final de los bienes o servicios contratados dentro del circuito económico. Este recaudo determina la exclusión del ámbito protectorio de quienes contratan sobre bienes o servicios para integrarlos en el proceso de producción o de comercialización a terceros. Así, la protección no alcanza al intermediario en la cadena del producto o servicio, en cuanto contrata sobre insumos para su reinserción en el proceso económico con carácter profesional. Ello es relevante para definir la calificación del consumidor que puede revestir un empresario. Para esto, los bienes adquiridos no deben estar integrados al proceso de producción en forma inmediata (por ejemplo, compra de materias primas para la elaboración de alimentos para ser comercializados). En cambio, si la integración de tales insumos tiene un carácter meramente genérico o remoto (por ejemplo, adquisición de un automotor para una empresa dedicada a la prestación de servicios informáticos), la configuración de la calidad de consumidor no admitiría mayores dudas”³³.

Como contrapartida del consumidor o usuario vamos a encontrar a la figura del proveedor. Dispone el art.2° de la Ley: “Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación,

³² RINESSI, Antonio J., *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p.13.

³³ GHERSI, Carlos A-WEINGARTEN, Celia, *Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo*, 4ta.edición, La Ley, Buenos aires, 2017, p.551.

construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”.

Contrato de consumo

El artículo 1093 CCyC refiere que será considerado contrato de consumo al celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

Si bien la mayoría de los contratos de consumo se materializan mediante compraventas con cláusulas predispuestas o por adhesión, no necesariamente la descripta debe ser la única forma que asumen, en atención a que pueden celebrarse bajo la modalidad de un contrato paritario o discrecional, porque lo que define a tal contrato no es su forma, sino el hecho del consumo final del producto o servicio, es decir, que resulte apto para generar la relación de consumo: compraventa, locación, leasing, cesión onerosa, etc.

La relación de consumo nace del contrato celebrado entre un proveedor de bienes o servicios, que actúa de manera profesional, y un adquirente a título oneroso que contrata para destinar los bienes o servicios para su consumo final o de su grupo familiar o social³⁴.

La ley 24.240, de 1993, definía a los consumidores o usuarios como “las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social la adquisición o locación de cosas muebles; la prestación de servicios; la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso, lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”.

³⁴ WAJNTRAUB, Javier, *Protección jurídica del consumidor-Ley 24.240 y su reglamentación*, LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2004 p.25.

La doctrina en general estimó que la disposición asumía una postura restringida en orden al contenido del contrato de consumo (se criticó, por ejemplo, que no se había previsto como contrato de consumo a las locaciones de inmuebles).

En el año 2008 se modificó la Ley de Defensa del Consumidor por la N°26.361, la que amplió notablemente el contenido del contrato de consumo y también de las personas alcanzadas. El art.1° disponía: “La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

El nuevo texto eliminó la descripción de operaciones comprendidas en el contrato de consumo (se refiere a bienes y servicios en general) y previó la posibilidad de dar protección a quienes resulten parte de contratos gratuitos (contratos gratuitos subordinados a otros onerosos –quien adquiere un automóvil y obtiene un viaje pago como beneficio-, las muestras gratis que se entregan).

Información al consumidor, oferta y efectos de la publicidad

El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Sólo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.

La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones.

La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. La no efectivización de la oferta será considerada

negativa o restricción injustificada de venta dando lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la Ley N° 24.240.

“La publicidad es un elemento indispensable en la economía de mercado para la colocación masiva de productos y servicios entre los consumidores. A pesar de su dinámica y de las variaciones que ha evidenciado a lo largo de los años, es un desafío permanente del derecho regularla de modo tal que no impacte de modo negativo en sus destinatarios (en este caso, los consumidores y usuarios finales de bienes y servicios)”³⁵.

Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de Código Único de Identificación Tributaria (CUIT) del oferente.

Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.

Rescisión contractual

Ante el incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

En cuanto a los modos de rescisión, la ley establece que cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación.

³⁵ CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Estatuto del Consumidor Comentado*. primera edición. La Ley, Buenos Aires, 2017, Tomo I, p. 319.

Es común que muchos servicios que resultan susceptibles de ser contratados fácilmente, exijan para su cancelación trámites burocráticos y engorrosos, con vistas a desanimar cualquier intento rescisorio. Tal accionar esconde una actitud malintencionada de parte del proveedor del servicio orientada a conseguir una clientela cautiva. La previsión legal es acertada, porque, además, en su segunda parte obliga a la empresa receptora del pedido de rescisión a enviar sin cargo al domicilio del usuario, dentro de las setenta y dos horas de recibido el pedido de cancelación del servicio, una constancia fehaciente de su recepción.

A su vez, existe una prohibición en el cobro de preaviso, mes adelantado y/o cualquier otro concepto, por parte de los prestadores de servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, en los casos de solicitud de baja del mismo realizado por el consumidor ya sea en forma personal, telefónica, electrónica o similar.

Garantía por defectos o vicios de la cosa

Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento. La garantía legal tendrá vigencia por tres meses cuando se trate de bienes muebles usados y por seis meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo. Los fabricantes, importadores y vendedores deben asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos.

Los prestadores de servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos.

El artículo 13 de la ley declara la responsabilidad solidaria de los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comercializadas, por el otorgamiento y cumplimiento de la garantía.

El certificado de garantía a entregarse al consumidor deberá estar redactado en idioma castellano y en términos fácilmente comprensibles. Su contenido mínimo será el siguiente: a. Identificación

del vendedor, fabricante, importador o distribuidor; b. Identificación de la cosa, con las especificaciones necesarias que permitan individualizarla; c. Condiciones de uso, instalación y mantenimiento; d. Condiciones de validez de la garantía y plazo de extensión; e. Condiciones de reparación de la cosa, con especificación del lugar en que se hará efectiva.

El artículo 18 de la ley determina que la aplicación de las normas de garantía antes vistas no obsta a la subsistencia de la garantía por vicios redhibitorios.

La disposición aclara que, en caso de vicio redhibitorio, si el vendedor conocía o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los defectos ocultos de la cosa, el comprador tendrá, además de la acción redhibitoria para rescindir el contrato, el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos. El vendedor no podrá oponer como defensa al consumidor que el adquirente conocía los vicios o debía conocerlos en razón de su profesión u oficio.

Protección al consumidor

Las normas de consumo establecen que los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios absteniéndose de desplegar conductas que los coloquen en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. “Se prescribe un estándar de comportamiento cuyo contenido manda atender a la dignidad del consumidor, adoptándose una norma de profunda significación para preservar su dimensión humana ante los constantes embates deshumanizantes del mercado. De manera expresa y directa, el Código también da cuenta del anclaje constitucional del tema y remite la apreciación de los contenidos del deber impuesto a los criterios elaborados desde el campo de la teoría de los derechos humanos”³⁶.

Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.

³⁶ GARRIDO CORDOBERA, Lidia- BORDA, Alejandro-ALFERILLO, Pascual E., *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, primera edición, Astrea, Buenos Aires, 2015. Libro Tercero, p. 364.

Asimismo, están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo.

Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. Incluidos los servicios públicos domiciliarios que deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento.

Cuando se ofrezcan en forma pública a consumidores potenciales indeterminados cosas que presenten alguna deficiencia, que sean usadas o reconstituidas debe indicarse la circunstancia en forma precisa y notoria.

Principio *in dubio pro consumidor*

Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación del Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor, es decir, se adopta la que sea menos gravosa. Este principio se lo denomina “*in dubio pro consumidor*”. La norma busca proteger a la parte débil y con menor poder de negociación en los contratos de consumo por la sencilla razón de que la norma parte de la presunción de que el contenido contractual ha sido predisposto por el proveedor.

El principio general de interpretación *in dubio pro consumidor* es de aplicación tanto en el caso de conflicto normativo como ante las situaciones de vacío legal.

Conforme lo establecido en el artículo 37 de la Ley, sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la

competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas abusivas. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.

Todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública y privada, que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos por adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir.

Cláusulas abusivas

Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

“Por otra parte, precisar que el desequilibrio debe ser “significativo” puede generar en la práctica algunos resultados disvaliosos, pues quedaría permitido que el proveedor desequilibre de una manera “no significativa” un gran número de contratos de consumo que celebre, lo que produciría, en última instancia, una mejora general de su situación en desmedro de los consumidores. Explicando mejor lo dicho, puede suceder que una cláusula, individualmente considerada en un contrato celebrado con un consumidor en concreto, evidencie un desequilibrio no significativo y, por lo tanto, sea válida según el Código. Sin embargo, proyectada colectivamente respecto del universo de consumidores que suscriben ese contrato, termine generando un desequilibrio significativo a favor del proveedor y en perjuicio de esa masa de consumidores”³⁷. Por ende, todo daño al consumidor debería ser reparado sin tener en cuenta la significación en el caso en particular.

³⁷ CHAMATROPULOS, Tomo II, p.5.

Se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos. Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación de unos contratos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido (conforme lo establecido en los artículos 1073 y 1074 del Código Civil y Comercial de la Nación). No pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado y las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

Responsabilidad por daños

Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo.

Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia

Está comprendido en la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro

sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.

Hay consenso general en el sentido de que estos contratos se orientan a sorprender la confianza del consumidor o usuario, quien muchas veces compelido por sus tiempos o ante la insistencia del vendedor en momentos poco propicios (la persona que debe salir en forma urgente para llegar a tiempo a su trabajo, o llevar sus hijos a la escuela, etc.) termina consintiendo la adquisición de un producto o de un servicio sin tiempo de meditar si es lo que le conviene. Estos contratos son típicos casos de prácticas abusivas de comercialización.

Los contratos celebrados a distancia, por su parte, son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa.

Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato. De este modo, la Ley de Defensa del Consumidor confiere al consumidor un plazo de reflexión para que pueda comprender en su real dimensión los efectos de su contratación y, en su caso, arrepentirse y, sin ningún costo, revocar su aceptación (conf. arts. 32 y 33).

UNIDAD TEMÁTICA VI. CONTRATOS EN ESPECIAL

por Marcelo Roitbarg

1. CONTRATOS PRINCIPALES:

A.Compraventa: concepto

El CCyC, en el Art 1123, unifica la compraventa civil y la compraventa mercantil anteriormente legisladas en doble versión en el Código Civil y en el Código de Comercio, derogados por la Ley 26.994: "Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero ".

De acuerdo al art.1124, las normas de la compraventa se aplican supletoriamente a los contratos por los cuales una parte se obliga a:

- a) Transferir a los otros derechos reales de condominio, propiedad horizontal superficie usufructo o uso o constituir derechos los derechos reales de condominio, superficie, usufructo, uso, habitación, conjuntos inmobiliarios o servidumbre, y dicha parte, a pagar un precio en dinero;
- b) Transferir la titularidad de títulos valores por un precio en dinero.

"Para que el contrato quede perfecto, es decir, para que se lo considere celebrado no es necesario ni que el comprador pague el precio, ni que el vendedor entregue la cosa en el momento en que prestan su consentimiento; es suficiente que se obliguen, una o ambas partes, a hacerlo con posterioridad"³⁸.

La cosa: requisitos

Toda vez que el contrato es un acto jurídico, el art.1003 CCyC, declara que se aplican al objeto del contrato las disposiciones del objeto de los actos jurídicos y agrega: "...Debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial".

En cuanto a la cosa, debe estar determinada en su especie o género. Si son cantidades de cosas, deben estar determinadas o ser determinables con ulterioridad (si lo que se transfiere, por ejemplo, es la propiedad de una cosecha próxima, la determinación de la cantidad de granos recién será posible cuando finalice aquella tarea).

³⁸ WAYAR, Ernesto C., en LORENZETTI, Ricardo L. (director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T°.VI, p.318.

Es admisible la venta de cosa ajena. En tal caso el vendedor estará obligado emplear los medios a su alcance para que la prestación pueda cumplirse. Si por culpa suya la transferencia de la cosa no se produce, deberá indemnizar los daños causados (conf.arts. 1008 y 1132 CCyC).

El precio

“El precio es determinado cuando las partes lo fijan en una suma que el comprador debe pagar, cuando se deja su indicación al arbitrio de un tercero designado o cuando lo sea con referencia a otra cosa cierta...” (art.1133).

En este tipo de contrato lo habitual es que el precio se establezca en una suma fija, pero también puede ocurrir, excepcionalmente, que la fijación del precio se deje librada a decisión de un tercero. Puede ser un tasador, tratándose de joyas, un galerista de arte, si lo que se vende es un cuadro o también estarse a la cotización oficial, por ejemplo, en el caso de oro o plata.

Caracteres de la compraventa:

Bilateral: genera obligaciones para ambas partes.

Oneroso: las ventajas que procuran a una de las partes le son concedidas por una prestación que ha hecho o se obliga a hacer a la otra.

Consensual: Se perfecciona por el solo consentimiento de las partes.

Nominado: Se encuentra regulado legalmente en el Código Civil y Comercial (arts.1123 a 1171).

No formal: rige a su respecto la libertad de formas, aunque son formales las compraventas de inmuebles (art 1017 CCyC, inc.a), las que tengan por objeto la transferencia de derechos litigiosos o dudosos (inc.b); los contratos que sean accesorios de otros otorgados por escritura pública (p.ej: si quien hubiere sido comprador de derechos litigiosos, a su vez, decidiera transferir parte de ellos a un tercero); los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados por escritura pública.

Obligaciones de las partes:

Del vendedor:

a) Transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida.

b) Poner a disposición del comprador los instrumentos requeridos por los usos o las particularidades de la venta (por ej., debe entregar al comprador un instrumento donde se describa

la cosa vendida, su precio o la parte de este que haya sido pagada y demás términos de la venta; generalmente, una factura).

c) Prestar toda la cooperación que le sea exigible para que se concrete la transferencia de dominio (art. 1137 CCyC).

El contrato de compraventa es título suficiente para transferir la propiedad de la cosa, pero no basta. Deben existir actos materiales que otorguen al comprador poder de hecho sobre la cosa (entrega manual de la cosa vendida, tratándose de cosa muebles o inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente, en caso de bienes registrables). Tales actos constituyen la tradición de la cosa. En el caso de la compraventa, mediante la tradición se desplaza la posesión de la cosa del vendedor al comprador.

La tradición constituye el modo suficiente para transferir la propiedad de la cosa.

La cosa debe entregarse con sus accesorios (frutos y productos), libre de toda relación de poder y de oposición de tercero (conf. art 1140 CCyC). Excepto pacto en contrario, están a cargo del vendedor los gastos de entrega de la cosa vendida.

La entrega debe hacerse dentro de las veinticuatro horas de celebrado el contrato, salvo que las partes hubieran pactado algo diferente o que los usos del lugar resulten otra cosa. A falta de convenio sobre el lugar de entrega, ésta debe hacerse en el lugar en que la cosa cierta se encontraba al tiempo de celebrarse el contrato.

Del comprador:

a) Debe pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos. Si nada se pacta, se entiende que la venta es de contado. Salvo pacto en contrario, el pago debe hacerse contra entrega de la cosa. El comprador no está obligado a pagar el precio mientras no tenga posibilidad de examinar la cosa comprada, salvo que las modalidades de entrega o de pago pactadas sean incompatibles con esa posibilidad (ej., cuando se adquiere un automóvil nuevo en una concesionaria, el pago se hace con anterioridad y el comprador recién puede examinar la unidad al tiempo de materializarse la entrega.

b) Debe recibir la cosa y los documentos vinculados con el contrato. Esta obligación consiste en realizar todos los actos que razonablemente cabe esperar de su parte, para que el vendedor pueda efectuar la entrega.

c) Debe pagar los gastos de recibo, incluidos los de testimonio de escritura pública y los demás posteriores a la venta (conf. art 1141 CCyC).

El Boleto de Compraventa:

En el mercado inmobiliario el contrato de compraventa es un instrumento ágil y práctico para las operaciones. Resulta habitual que, para la compra de un inmueble, se otorgue un instrumento privado (boleto de compraventa) como etapa previa.

Recordemos que la transferencia de dominio de inmuebles requiere de dos elementos: título suficiente y modo; en otros términos, escritura pública y entrega de la posesión (tradición). Se completa el ciclo con la inscripción de la operación ante el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción de que se trate.

El inc.a) del art.1018, exige para la transferencia de bienes inmuebles que el instrumento traslativo de dominio sea otorgado por escritura pública. ¿Qué calidad, entonces, debe otorgarse al boleto de compraventa? El art.1018 CCyC arroja cierta luz sobre el tema: si se otorgó un boleto, debe entenderse que sobre las partes (especialmente sobre el vendedor) pesa una obligación de hacer, que no es otra que otorgar la correspondiente escritura pública.

Puede ocurrir, sin embargo, que, entre el momento de otorgamiento del boleto y la fecha de escrituración fijada en el instrumento, el deudor caiga en insolvencia y sus acreedores le embarguen el inmueble vendido por boleto; o que caiga en concurso de acreedores o que se le declare la quiebra. ¿Qué solución da la ley a esta situación?

El art.1170 CCyC refiere que el derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares (normalmente, embargos) sobre el inmueble vendido si:

- a) el comprador contrató con el titular registral (titular de dominio del bien que figura inscripto como tal en el Registro de la Propiedad Inmueble);
- b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la medida cautelar;
- c) el boleto tiene fecha cierta (los instrumentos privados adquieren fecha cierta, establece el art.317 CCyC, el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después);
- d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea porque el boleto se inscribió ante el Registro de la Propiedad Inmueble (en el Registro de la Capital Federal lo posibilita el Decreto 962/2018) sea porque el comprador ya había entrado en posesión del inmueble.

Por su parte, el art.1171, dispone: "Los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si

se hubiera abonado como mínimo el veinticinco por ciento del precio...". En este caso, el juez ante quien el comprador hubiere promovido juicio de escrituración contra el vendedor deberá otorgar la escritura traslativa de dominio.

B. Locación

Concepto:

El Código Civil distinguía tres clases de locación: de cosas, de servicios y de obra, según que el objeto del contrato fuere entregar el uso de una cosa, proveer un servicio o realizar una obra material o intelectual.

En CCyC ha modificado sustancialmente el instituto, de modo que actualmente el contrato de locación se refiere exclusivamente a cosas. Las otras dos formas han dejado de denominarse locación y pasaron a ser reguladas como contrato de servicios y contrato de obra.

El art. 1187 CCyC brinda el concepto de locación de cosas: "Hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa a cambio del pago de un precio en dinero...". Es locador quien transmite el uso y goce y locatario quien paga el precio en dinero.

Si bien pueden ser dadas en locación todo tipo de cosas (art. 1192 CCyC), la mayor transcendencia de este contrato se da en materia de inmuebles y de bienes muebles registrables (p. ej., automotores).

Debe aclararse que, de acuerdo al art. 1193, si el locatario es una persona jurídica de derecho público (Estado Nacional, Provincial o Municipal y entes descentralizados), el contrato se rige por las normas del Derecho Administrativo (Reglamento de Contrataciones del Estado y normas asimilables en las distintas jurisdicciones) y, en subsidio, por las disposiciones referentes a la locación de cosas (por ejemplo, cuando el Estado alquila un edificio para el funcionamiento de un Organismo público).

Caracteres:

Consensual: se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.

Bilateral: genera obligaciones para ambas partes.

Oneroso: la ventaja que recibe cada una de las partes exige una contraprestación de su parte.

Típico: se encuentra regulado en el CCyC (arts.1187 a 1212).

No formal: en principio rige la regla de libertad de formas, pero si se trata de locación de un bien inmueble o de una cosa mueble registrable, se exige que el contrato, lo mismo que sus prorrogas y modificaciones, sean otorgadas por escrito

De ejecución continuada o de trato sucesivo: Las obligaciones de cada una de las partes se mantienen en el tiempo

Transmisible por causa de muerte: excepto pacto en contrario, en caso de muerte de alguna de las partes, el contrato de locación se transmite a los herederos del locador o a los herederos del locatario, según corresponda. Los herederos del fallecido deberán respetar los términos del contrato y el plazo de vigencia (art 1189).

De consumo: si las partes se encuadran en lo dispuesto en el art.1093 del Código. Es decir, una de las partes debe ser un consumidor en la terminología del Código, que celebra el contrato para beneficio propio o de su grupo familiar o social (lo que ocurrirá sin duda cuando se trate de una locación destinada a vivienda) y la otra parte debe ser un proveedor profesional de bienes y servicios³⁹.

Es necesario aclarar que si el locador es una persona que no se dedica en forma profesional al alquiler de inmuebles, sino que es un particular que tiene un inmueble locado para obtener una renta, el contrato no puede ser encuadrado como de consumo.

Destino de la cosa locada

Por lo general, son las partes las que establecen en el contrato el destino que habrá de darse a la cosa locada. Ello, no obstante, muchas veces la cosa tendrá necesariamente el destino que marca su naturaleza y condiciones funcionales (ej., un departamento en un edificio no apto profesional, donde todas las unidades están destinadas a vivienda, un local comercial que cuenta con habilitación municipal para cierta y determinada actividad).

Cuando el destino de la cosa es habitacional, el art.1196 dispone que no podrá requerirse al locatario:

a) El pago de alquileres anticipados por periodos mayores de un mes;

³⁹ ESBORRAZ, David, en LORENZETTI, Ricardo L. (director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T°.VI, p.545.

b) Depósitos de garantía o exigencias asimilables, por cantidad mayor del importe equivalente a un mes de alquiler por cada año de locación contratado.

c) El pago de valor llave o equivalentes

Respecto del denominado "valor llave" resulta necesario hacer algunas precisiones.

Cuando se transfiere un fondo de comercio, al valor de las instalaciones, equipamientos, maquinarias, mercaderías en stock, que se calculan sobre precios de plaza, suele adicionarse un valor intangible denominado "valor llave" (*avviamento* en el derecho italiano), que supone la justipreciación que el vendedor del fondo de comercio atribuye a la acreditación del negocio en plaza, a la clientela, al nivel de facturación mensual, al conocimiento de la marca y del producto, etc. Una mala práctica se ha instalado en nuestro país desde hace muchos años. El propietario de un inmueble que lo alquila para la explotación de un fondo de comercio, cuando este fondo va a transferirse, como condición para renovar la locación fija un "valor llave", esto es, un monto de dinero que debe pagarle el locatario (dueño del fondo de comercio), para que el locador renueve la locación por un término prolongado, que posibilite al eventual interesado en la adquisición seguir funcionando en el mismo local.

Es claro que el genuino "valor llave" o *avviamento* nada tiene que ver con esta práctica lindante con lo extorsivo. Dicho valor intangible, tal como dijimos, tiene que ver con el desempeño que tuvo el transmitente al frente del negocio mientras lo explotó. Es eso lo que pagará el comprador, más allá de las instalaciones, mercaderías, maquinarias, equipos. Surge meridianamente claro que el dueño del local nada tuvo que ver con la acreditación en plaza del negocio, con la clientela, con el nivel de facturación, etc.

Como vimos, el inciso c) del art.1196 CCyC prohíbe el cobro de un valor llave por parte del locador en los alquileres de inmuebles con destino habitacional.

En materia de locación de locales comerciales otra es la realidad. Cuando va a transferirse un fondo de comercio, el locador del local exige como condición para otorgar un nuevo contrato de alquiler en favor de quien adquiera el negocio, el previo pago de una suma de dinero. Es aceptable que el locador aumente el canon locativo en dichas circunstancias, pero no que pretenda percibir un porcentaje del precio de venta del fondo de comercio.

Halperín, refiriéndose al "valor llave" dice que esa cualidad es la aptitud de la empresa para producir el fin económico buscado con su creación y que, en la medida que se cumple, valoriza al fondo de comercio.

Es innegable que cuando alguien decide adquirir un fondo de comercio en marcha debe afrontar, dentro del precio, el pago del valor llave que el negocio ha generado durante su trayectoria en plaza. Cuando se desea vender un fondo de comercio que funciona en un local alquilado resulta indispensable para el éxito de la operación contar con la voluntad del locador en el sentido de que está dispuesto a celebrar un nuevo contrato locativo con el comprador del fondo de comercio. Cuando se da esta situación-tal como se expresó-, el locador del local, más allá del contrato de alquiler que celebrará con el comprador del fondo de comercio, generalmente pacta con el vendedor el pago de una suma de dinero extra al que denomina “valor llave”, tal como si él hubiere sido quien acreditó el comercio en plaza y generó su clientela y nivel de facturación (en realidad, lo que pacta el locador y el vendedor del fondo de comercio es una participación del primero en el monto del valor llave a percibir por el vendedor).

Tiempo de la locación

El plazo máximo de la locación cualquiera sea su objeto, no puede exceder de veinte años para el destino habitacional y de cincuenta años para otros destinos.

En materia de locación de inmuebles el CCyC establece un plazo mínimo de dos años, como un modo de garantizar al locatario una cierta estabilidad, sea habitacional, comercial o industrial (art.1198 CCyC).

Este plazo mínimo es de orden público y por tanto no puede ser dejado de lado por acuerdo de partes (no se admite un contrato de alquiler de un inmueble en que se establezca una duración menor a dos años). Ello, no obstante, el locatario puede renunciar a dicho plazo posteriormente, cuando ya se encuentra ejerciendo la tenencia de la cosa.

Si la cosa locada es un inmueble destinado a habitación, establece el art 1190 CCyC que, en caso de abandono o fallecimiento del locatario, la locación puede ser continuada en las mismas condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quien lo habite y acredite haber recibido por parte del locatario ostensible trato familiar durante el año previo al abandono o fallecimiento.

Esta disposición reconoce como fundamento la necesidad de coordinar la normativa en materia locativa con los efectos del divorcio y de las uniones convivenciales (conf. arts.444 y 526 CCyC, respectivamente).

Obligaciones de las partes

El Locador debe:

- a) Entregar la cosa conforme a lo acordado o, a falta de previsión contractual, en estado apropiado para su destino;
- b) Conservar la cosa con aptitud para el uso convenido y efectuar a su cargo la reparación que exija el deterioro originado en la calidad o defecto de la cosa, en su propia culpa o en la de sus dependientes o en hechos de terceros o caso fortuito;
- c) Pagar las mejoras necesarias hechas por el locatario a la cosa locada, aunque no lo haya convenido, si el contrato de locación se extingue sin culpa del locatario.

La regla general en materia de mejoras está contenida en el art. 1211: "El locatario puede realizar mejoras de la cosa locada, excepto que estén prohibidas en el contrato o que alteren la sustancia o forma de la cosa...".

Si bien lo normal es que el locatario se haga cargo de las mejoras que introduzca en la cosa locada, porque será él quien habrá de usufructuarlas, si el contrato se extingue sin culpa del locatario, el locador deberá afrontar el pago de las mejoras necesarias que el locatario hubiere realizado (conf. art.1202).

"Se parte de la idea de que, si bien el locatario debe hacerse cargo del pago de las mejoras necesarias hechas a la cosa locada, se presume que las mismas se amortizarán durante la vigencia del plazo locativo. Es por eso que, si dicha amortización no es posible sin culpa del locatario, el locador debe pagar las mismas, pues de otra forma se produciría un enriquecimiento sin causa a su favor"⁴⁰.

El locador solo debe pagar las mejoras necesarias, en tanto que las mejoras útiles y de mero lujo o suntuarias deben ser asumidas por el locatario (conf. art.1211).

El Locatario debe:

- a) Usar y gozar de la cosa conforme a su destino, sin poder variarlo, aunque ello no cause perjuicio al locador (art.1205).

⁴⁰ MOEREMANS, Daniel, en LORENZETTI, Ricardo L. (director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T°.VI, p.609.

b) Conservar la cosa en buen estado. Responde por cualquier deterioro causado a la cosa incluso por visitantes ocasionales, y por la destrucción de la cosa por incendio no originado en caso fortuito (art.1206).

c) Pagar el canon convenido (art.1208). Los impuestos, tasas y contribuciones que graven al inmueble pueden ser objeto de convenio de partes. También las expensas comunes, en la propiedad horizontal.

d) Restituir la cosa en el estado en que la recibió, excepto los deterioros provenientes del mero transcurso del tiempo y el uso regular (art.1210).

Cesión y Sublocación:

Dispone el art.1213 que el locatario sólo puede ceder su posición contractual a un tercero si el locador lo consiente. Se aplican las normas específicas de la cesión de contratos establecidas en los arts.1636 y ss. del CCyC.

Lo normal, de todas formas, es que en los contratos de locación con fines de vivienda se incluya una cláusula que prohíbe al locatario la cesión del contrato. En las locaciones con fines comerciales, generalmente se prevé la posibilidad de cesión contando con la conformidad escrita previa del locador.

En lo referente a la sublocación, el art.1214 establece que el locatario puede dar en sublocación parte de la cosa locada, si el contrato no contiene una cláusula que lo prohíba (esta prohibición es usual que se incluya).

La sublocación sólo puede ser parcial, porque si lo fuera total estaríamos ante la cesión de la posición contractual por parte del locatario, que es el supuesto que regula el art.1213 antes visto.

Extinción del Contrato de Locación

Dispone el art.1217 que son modos especiales de extinción de la locación:

a) El cumplimiento del plazo convenido, o bien la comunicación fehaciente que hubiere enviado el locador pidiendo la devolución del bien, si una vez operado el vencimiento, el locatario hubiere continuado en la tenencia.

Es importante aclarar que, si vence el plazo convenido o el plazo mínimo legal en ausencia de convención al respecto, y el locatario continúa en la tenencia de la cosa, no hay tácita reconducción (no se interpreta que el contrato se ha renovado) sino continuación de la locación en los mismos

términos contratados, hasta que cualquiera de las partes dé por concluido el contrato mediante comunicación fehaciente (conf.art.1218).

b) La resolución anticipada.

El contrato de locación puede ser resuelto anticipadamente por el locatario:

a) si la cosa locada es un inmueble y han transcurrido seis meses de contrato, debiendo notificar en forma fehaciente su decisión al locador. Si hace uso de la opción resolutoria en el primer año de vigencia de la relación locativa, debe abonar al locador, en concepto de indemnización, una suma equivalente a un mes y medio de alquiler al momento de desocupar el inmueble y la de un mes si la opción se ejercita transcurrido dicho lapso;

b) si se tratare de un inmueble locado para ser sede de embajada, consulado u organismo internacional o de habitación de personal extranjero diplomático o consular; de un inmueble amueblado arrendado con fines de turismo por plazo menor a tres meses; de un inmueble destinado a guarda de cosas o a exposición ferial, no se aplica el plazo mínimo legal de locación antes visto y puede resolverse el contrato abonando el equivalente a dos meses de alquiler (conf. arts.1221 y 1199).

C. Mutuo

Concepto:

Hay contrato de mutuo -dispone el art.1525- cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad una determinada cantidad de cosas fungibles y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie.

Generalmente, el mutuo recae sobre sumas de dinero de moneda nacional o extranjera, aunque también puede recaer sobre alimentos, combustibles, semillas, etc.

Si el mutuo es en dinero, el mutuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada. Si, por el contrario, el mutuo es de otro tipo de cosas fungibles, los intereses son liquidados en dinero, tomando en consideración el precio de la cantidad de cosas prestadas en el lugar en que debe efectuarse el pago de los accesorios de la deuda, el día del comienzo del período (conf. art.1527).

La falta de pago de los intereses o de cualquier amortización de capital da derecho al mutuante a resolver el contrato y a exigir la devolución de la totalidad de lo prestado, más sus intereses hasta la efectiva restitución (art.1529).

Caracteres

Oneroso: el mutuo es oneroso salvo pacto en contrario (art.1527). La regla general, entonces, es la presunción de onerosidad del contrato.

Bilateral: las partes se obligan recíprocamente.

Conmutativo: las ventajas para las partes son ciertas desde la celebración del contrato (no dependen de la ocurrencia de ningún acontecimiento futuro e incierto, como es el caso de los contratos aleatorios).

No Formal: no se exige solemnidad para este contrato.

Consensual: se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.

Nominado: está regulado en el Código Civil y Comercial en los arts. 1525 a 1531.

De ejecución diferida: la obligación del mutuario de restituir igual cantidad y calidad de cosas se difiere para un momento posterior a la celebración del contrato, lo que hace presumir la existencia de un plazo para cumplir.

Contrato de Mutuo en moneda extranjera (remisión)

Remitimos a lo expuesto en la Unidad IV, punto 2., Obligaciones de dar dinero.

Sólo destacaremos aquí algunos aspectos oscuros en la normativa del Código Civil y Comercial con relación a la obligación de devolución que pesa sobre el mutuario cuando el préstamo tiene por objeto moneda extranjera (generalmente, dólares billete estadounidenses).

La desconfianza en el signo monetario nacional y la circunstancia de que muchas personas, con vistas a paliar los efectos de la inflación, han optado por el atesoramiento en dólares, ha conferido a esta clase de contratos de mutuo una importancia excepcional.

Según se vio al tratar las Obligaciones de dar dinero, el art.765 CCyC, en su segunda parte, establece: "Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal".

La crítica que se ha hecho a la solución contenida en el artículo es que la categoría de “dar cantidades de cosas” ha sido eliminada en el nuevo Código Civil y Comercial. Por tanto, cuando la disposición refiere que la obligación en moneda extranjera “debe considerarse como de dar cantidades de cosas”, está realizando una remisión a un vacío legal.

Otro aspecto sobre el cual ha hecho hincapié la crítica es el de determinar si el art.765, que contiene la solución antes vista, es de orden público o de carácter supletorio (que rige a falta de previsión expresa en contrario de las partes).

Por otra parte, de acuerdo con el art. 766 CCyC, “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”, lo que resultaría contrario a la solución prevista en la segunda parte del art.765.

Es más, el art. 868 CCyC, referido al pago, expresa claramente que el acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor (concordantes con este artículo lo son el art.1390, referido al depósito bancario, el art.1408, relativo al préstamo bancario y el art.1525, regulatorio del contrato de mutuo).

Por lo expuesto, y de acuerdo con los mencionados artículos, toda obligación pactada en moneda extranjera, teniendo en cuenta el principio de la autonomía de la voluntad en la relación negocial contractual, debe ser devuelta en dicha moneda. Y esto es así, porque en mi opinión, la segunda parte del art 765 CCyC no es una disposición de orden público, sino meramente supletoria y debe ceder ante una previsión contractual en contrario incluida por las partes.

Con todo, la solución que están dando nuestros tribunales a la obligación de devolver préstamos en moneda extranjera es la que surge de la segunda parte del art.765 CCyC.

D. Mandato

Concepto:

El art.1319 CCyC dispone: “Hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra. El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica la aceptación aún sin mediar declaración expresa sobre ella “.

El texto del artículo ha logrado englobar en un único concepto al mandato civil y al comercial.

Mandato con representación

Si el mandato confiere poder para ser representado, le son aplicables las normas de los art 362 y siguientes, relativos a la representación voluntaria (conf. art.1320).

La representación voluntaria comprende sólo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo.

La principal consecuencia jurídica del contrato de mandato es la representación del mandante por el mandatario, quien actúa a nombre y por cuenta del primero.

Los límites de la representación, su extinción, y las instrucciones que el representado dio a su representante, son oponibles a terceros si éstos hubieren tomado conocimiento de tales circunstancias, o debieron haberlas conocido obrando con cuidado y previsión (conf. art.362).

El poder es el instrumento que otorga el mandante a favor del mandatario, donde consta la representación que ejerce este último para cumplir uno o más actos jurídicos a nombre y por cuenta del mandante.

El mandato se presume oneroso. A falta de acuerdo sobre la retribución, la remuneración es la que establecen las disposiciones legales o reglamentarias aplicables, o el uso. A falta de ambos, debe ser determinada por el juez (art. 1322 CCyC).

Mandato sin Representación

Si el mandante no otorga poder de representación al mandatario, éste actúa en nombre propio pero en interés del mandante, quien no queda obligado directamente respecto de tercero, ni éste respecto del mandante. El mandante puede subrogarse las acciones que tiene el mandatario contra el tercero, e igualmente el tercero en las acciones que pueda ejercer el mandatario contra el mandante (art.1321).

La disposición aborda una situación que se considera de excepción, dado que, por regla, el mandato es representativo. En el mandato sin representación, no nacen obligaciones entre mandante y terceros, pero sí se prevé la existencia de acciones de subrogación, con sustento en el interés comprometido en este contrato. El mandatario asume personalmente los efectos del contrato, por lo que es necesario un nuevo acto jurídico para transmitirle esas consecuencias al mandante. Por ese mismo interés existente, el mandante se encuentra habilitado para subrogarse en las acciones

del mandatario contra el tercero y éste puede hacerlo respecto de las acciones del mandatario contra el mandante, aun cuando en este último caso no exista representación⁴¹.

Mandato Irrevocable:

El art.1330 dispone: "El mandato puede convenirse expresamente como irrevocable en los casos de los incs. b) y c) del art 380". Veamos de qué se trata.

El art.380 CCyC está referido a las causales de extinción del poder. El inc.b refiere que el poder se extingue por la muerte del representante o del representado. Sin embargo, en caso de muerte del representado, la validez del poder subsiste si hubiere sido conferido para actos determinados y en razón de un interés legítimo del mandatario o de éste y un tercero. Daremos un ejemplo: el mandante -soltero, sin descendientes, ni ascendientes, otorga poder al mandatario para que done un inmueble de propiedad del primero, en forma conjunta al mandatario y a su hermano. Antes de que la donación se formalice, el mandante fallece. La donación podrá hacerla el mandatario, no obstante la muerte del mandante, porque el acto determinado estaba orientado a satisfacer un interés conjunto del mandatario y su hermano.

El inc. c) del art.380 dispone que el poder se extingue por la revocación que hiciere el representado (mandante), salvo que dicho poder hubiere sido otorgado en forma irrevocable, por un plazo cierto, para cumplir un acto determinado, debido a un interés legítimo del representante o de éste y un tercero. El ejemplo antes dado es perfectamente posible también en este caso, siempre que la donación se cumpla antes del vencimiento del plazo establecido en el poder irrevocable.

Obligaciones de las partes:

Del mandatario:

a) Cumplir los actos comprendidos en el mandato, conforme a las instrucciones dadas por el mandante y a la naturaleza del negocio que constituye su objeto, con el cuidado que pondría en los asuntos propios o, en su caso, el exigido por las reglas de su profesión, o por los usos del lugar de ejecución;

⁴¹ MULLER, Enrique C., en LORENZETTI, Ricardo L. (director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T°. VII, p.76.

- b) Dar aviso inmediato al mandante de cualquier circunstancia sobreviniente que razonablemente aconseje apartarse de las instrucciones recibidas, requiriendo nuevas instrucciones o ratificación de las anteriores, y adoptar las medidas indispensables y urgentes;
- c) Informar sin demora al mandante de todo conflicto de intereses que pudiera surgir con el mandante y de toda otra circunstancia que pueda motivar la modificación o la revocación de mandato;
- d) Mantener en reserva toda información que adquiera con motivo del mandato que, por su naturaleza o circunstancias, no esté destinada a ser divulgada;
- e) Dar aviso al mandante de todo valor que haya recibido en razón del mandato y ponerlo a disposición de aquél;
- f) Rendir cuenta de su gestión en las oportunidades convenidas o a la extinción del mandato;
- g) Entregar al mandante las ganancias derivadas del negocio, con los intereses moratorios, de las sumas de dinero que haya utilizado en provecho propio;
- h) Informar en cualquier momento, a requerimiento del mandante, sobre la ejecución del mandato;
- i) Exhibir al mandante toda documentación relacionada con la gestión encomendada y entregarle la que corresponde según las circunstancias (conf. art.1324).

Del mandante:

- a) Suministrar al mandatario los medios necesarios para la ejecución del mandato y compensarle, en cualquier momento que le sea requerido, todo gasto razonable en que haya incurrido para ese fin;
- b) Indemnizar al mandatario los daños que sufra como consecuencia de la ejecución del mandato no imputables al propio mandatario;
- c) Liberar al mandatario de las obligaciones asumidas con terceros, proveyéndole de los medios necesarios para ello;
- d) Abonar al mandatario la retribución convenida. Si el mandato se extingue sin culpa del mandatario, debe la parte de la retribución proporcionada al servicio cumplido, pero si el mandatario ha recibido un adelanto mayor del que le corresponde, el mandante no puede exigir su restitución (conf. art. 1328).

E. Fianza

Generalidades

Las obligaciones en general necesitan ser garantizadas. El mundo de los negocios requiere rapidez y eficacia en la realidad cotidiana y ante la eventualidad por parte del deudor de algún incumplimiento o cumplimiento defectuoso aparecen las garantías como un instrumento al servicio del acreedor.

Hay diferentes garantías:

Garantías Reales: afectan bienes determinados del deudor, por ejemplo: la hipoteca y la prenda.

La Hipoteca afecta bienes inmuebles en tanto que la prenda recae sobre bienes muebles. Ambas confieren una relación directa sujeto-cosa, con todos los beneficios que ello aporta.

Tanto la hipoteca como la prenda son derechos reales, enumerados en el art.1887 CCyC.

Estas garantías configuran un medio de seguridad más eficaz que el que brinda la garantía personal, pero requiere una formalidad más costosa para su constitución. En el caso de la hipoteca, se necesita el instrumento público (escritura pública más la inscripción en el Registro de la Propiedad de la jurisdicción donde esté ubicado el inmueble), en tanto que la prenda se constituye por instrumento privado (contrato de prenda), en formularios que provee el Registro Nacional de la Propiedad Automotor (es el organismo que lleva el Registro de Créditos Prendarios) y que requiere inscripción en dicho Registro, previo pago de un sellado.

En cambio, en la fianza, que es una garantía personal, el fiador responde personalmente con todo su patrimonio, ante el incumplimiento del deudor principal.

Estas garantías confieren al acreedor un marco de seguridad, teniendo en cuenta que su crédito puede ser satisfecho subsidiariamente por un tercero ante el incumplimiento del deudor.

Concepto:

El art. 1574 del CCyC dispone: "Hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento. Si la deuda afianzada es de entregar cosa cierta, de hacer que solo puede ser cumplida personalmente por el deudor, o de no hacer, el fiador sólo queda obligado a satisfacer los daños que resulten de la inejecución".

Las partes del contrato de fianza son acreedor y fiador, resultando irrelevante la aceptación del deudor.

El contrato de fianza es accesorio de otro principal.

En la actualidad, esta garantía personal es un vínculo jurídico que eventualmente ayuda a la circulación de bienes y al financiamiento de créditos de manera ágil, simple y eficaz. Además, como ya se dijo, las garantías personales son menos costosas que las garantías reales, ya que no requieren escritura pública, pago de sellados, ni registración para su constitución.

Caracteres:

- # Consensual: se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.
- # Unilateral: la prestación queda a cargo del fiador, en forma accesorio y subsidiaria.
- # Gratuito: no se prevé onerosidad en este contrato.
- # Conmutativo: las ventajas son conocidas por ambas partes desde el momento de la celebración del contrato.
- # Escrito: debe otorgarse por escrito (art.1579).
- # Nominado: regulado en los arts. 1574 a 1598 del CCyC.
- # Accesorio: sigue la suerte de la obligación principal.
- # Subsidiario: adquiere eficacia luego del incumplimiento de la obligación principal.
- # Conexo: se encuentra vinculado al contrato principal por una finalidad económica común, previamente establecida.

Efectos de la Fianza:

Al fiador le asisten dos beneficios: el de excusión y el de división, en caso de haber pluralidad de fiadores.

El beneficio de excusión (ejecución previa de los bienes del deudor principal), se encuentra previsto en el art. 1583: "El acreedor sólo puede dirigirse contra el fiador una vez que haya excutido los bienes del deudor. Si los bienes excutidos sólo alcanzan un pago parcial, el acreedor puede demandar al fiador por el saldo".

El fiador no puede invocar el beneficio de excusión si:

- a) el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra;

- b) el deudor principal no puede ser demandado judicialmente en el territorio nacional o carece de bienes en la Republica;
- c) la fianza es judicial (existe fianza judicial, por ejemplo, cuando el juez con carácter previo a otorgar una medida cautelar -embargo, inhibición general para disponer de bienes, etc.-, exige a quien la pide que constituya una contracautela para responder por los eventuales daños y perjuicios que la medida cause);
- d) el fiador ha renunciado al beneficio.

Es bastante normal que en las locaciones de inmuebles se solicite al locatario que presente uno o más fiadores, para que respondan cuando el locatario no cumpla sus obligaciones. En el contrato de locación se incluye la cláusula de garantía -fianza- y se consigna que el fiador renuncia expresamente al beneficio de excusión, de modo tal que, si el deudor principal no cumple, el acreedor puede ejecutar directamente al fiador.

Beneficio de División:

Si hay más de un fiador, cada uno responde por la cuota a que se ha obligado. Si nada se ha estipulado, responden por partes iguales. El beneficio de división, al igual que el de excusión, es renunciable.

En el ejemplo antes dado, en la cláusula de fianza (que es un verdadero contrato accesorio del de locación), cuando existe más de un fiador, suele incluirse la renuncia al beneficio de división, con lo cual la fianza se torna en solidaria y a cada fiador se le puede exigir el pago del total de la deuda.

El principal pagador:

En los contratos de locación de inmuebles es práctica usual adicionar a las renunciadas a los beneficios de excusión (y, en su caso, de división) la mención de que "el fiador se constituye en liso, llano, solidario y principal pagador".

En este caso, el fiador es codeudor de la obligación principal. Así lo expresa el art. 1591 CCyC: "Quien se obliga como principal pagador, aunque sea con la denominación de fiador, es considerado deudor solidario y su obligación se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias".

Efectos de la fianza entre el deudor y el fiador:

El fiador que cumple con su prestación queda subrogado en los derechos del acreedor y puede exigir a su afianzado (deudor) el reembolso de lo que ha pagado, con sus intereses desde el día del pago y los daños que haya sufrido como consecuencia de la fianza.

El fiador debe dar aviso al deudor principal del pago que ha hecho (art.1593).

F. Contrato de obra

Aclaración previa:

Según adelantáramos al inicio del punto 2., el Código Civil distinguía tres clases de locación: de cosas, de servicios y de obra, según que el objeto del contrato fuere entregar el uso y goce de una cosa, proveer un servicio o realizar una obra material o intelectual. El Código Civil y Comercial lo ha modificado y actualmente el contrato de locación ha quedado limitado a aquel cuyo objeto sea la entrega del uso y goce de una cosa. Las otras dos formas han dejado de denominarse “locación “ y se regulan como “Contrato de Obra” y “Contrato de Servicios”.

Concepto:

Hay contrato de obra cuando una persona denominada contratista, actuando independientemente, se obliga a favor de la otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual mediante una retribución (conf. art.1251).

El contratista promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega.

Es de destacar que el contrato de obra es oneroso, salvo que las partes pacten expresamente su gratuidad o que las circunstancias del caso habiliten a presumir la intención de beneficiar por parte del contratista.

El elemento básico de todo contrato de obra es la existencia de una obra determinada o determinable. El contratista puede valerse de terceros para ejecutar la obra, excepto que de lo estipulado o de la índole de la obligación resulte que fue elegido por sus cualidades para realizarlo personalmente en todo o en parte. En cualquier caso, conserva la dirección y responsabilidad de la ejecución.

Sistemas de Contratación

El art.1262 prevé los distintos sistemas de contratación:

- a) Ajuste Alzado o "Retribución Global": desde el inicio se fija un precio único e inalterable, con lo cual el contratista debe hacerse cargo de los riesgos derivados de las variaciones de precios de los materiales y de los costos que no se hubieren aclarado debidamente en el contrato.
- b) Por unidad de medida: las partes fijan el precio con relación a una unidad (metro cuadrado, kilómetro, etc.) y el cobro por parte del contratista estará relacionado con las unidades terminadas. En algunos casos se fija también un precio por la totalidad de las unidades de medida contratadas.
- c) Por coste y costas: en este caso, la retribución se determina sobre el valor de los materiales, de la mano de obra y de otros gastos directos o indirectos (conf. art.1263). El precio no está aquí determinado, sino que es determinable, y se fija en función de lo que cuestan los materiales y la mano de obra realmente utilizados, más una ganancia para el empresario, a posteriori de la ejecución"⁴².

Por coste se entiende el gasto de construcción, y por costas la utilidad del locador. La suma de coste y de las costas da el costo o precio de la obra⁴³.

Obligaciones de las Partes:

Del Contratista:

- a) Ejecutar el contrato conforme las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondiente a la actividad desarrollada;
- b) Informar al comitente sobre los aspectos esenciales del cumplimiento de la obligación comprometida;
- c) Proveer los materiales adecuados que son necesarios para la ejecución de la obra;
- d) Usar diligentemente los materiales;
- e) Ejecutar la obra en el tiempo convenido o, en su defecto, en el que razonablemente corresponda según su índole (art.1256).

⁴² LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, T.ºII, p.699.

⁴³ LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, citado por HERNÁNDEZ, Carlos, en LORENZETTI, Ricardo L. (director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T.º.VI, p.799.

Del comitente

- a) Pagar la retribución;
- b) Proporcionar al contratista la colaboración necesaria;
- c) Recibir la obra si fue ejecutada con sujeción a las obligaciones que el art.1256 le impone al contratista (conf. art.1257).

G. Contrato de servicios

Hay contrato de servicios cuando una persona denominada prestador, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a proveer un servicio mediante una retribución (conf. art.1251).

El contrato de servicios es oneroso, salvo que las partes hayan pactado expresamente su gratuidad o que, por las circunstancias del caso, pueda presumirse en el prestador la intención de beneficiar. Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia (se trata de una obligación de medios) . Normalmente constituyen contrato de servicios la labor de los profesionales independientes (ej., el abogado, que asiste y representa a su cliente en juicio o que asesora a una empresa o entidad; el contador público que realiza la auditoría interna en una empresa o liquida impuestos a sus clientes; el arquitecto que realiza el proyecto y diseño de una obra).

El art. 1252 CCyC establece que los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral.

Las leyes arancelarias profesionales no pueden cercenar la facultad de las partes de determinar el precio de los servicios. Cuando dicho precio debe ser establecido judicialmente, sobre la base de la aplicación de dichas leyes, su determinación debe adecuarse a la labor cumplida por el prestador (así, por ejemplo, los honorarios del abogado que ejerce la representación y patrocinio de una persona en juicio; o los del perito tasador designado en una causa, etc). Si la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida el juez puede fijar equitativamente la retribución.

Obligaciones de las partes:

Del prestador:

- a) Ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, ciencia y la técnica correspondiente a la actividad desarrollada;
- b) Informar al comitente sobre los aspectos esenciales de cumplimiento de la obligación comprometida;
- c) Proveer los materiales necesarios para la ejecución del servicio;
- d) Ejecutar el servicio en el tiempo convenido o en su defecto en el que razonablemente corresponda según su índole.

Del Comitente:

- a) Pagar la retribución;
- b) Proporcionar al prestador la colaboración necesaria, conforme las características del servicio (p.ej., si un contador va a confeccionar el balance de la empresa deberán dárseles las explicaciones referidas a las particularidades de cada operación y proveérsele la documentación respaldatoria (art.1256).

Transacción:

Concepto:

En el régimen del Código Civil, la transacción estaba prevista como un modo de extinción de las obligaciones. El nuevo Código Civil y Comercial ubica a la transacción como un contrato.

El art. 1641 CCyC establece: “La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas”.

Elementos:

Tres son los elementos que tipifican a este contrato: a) las concesiones recíprocas que las partes efectúan; b) los derechos litigiosos o dudosos que las partes se reclaman; c) la finalidad extintiva de obligaciones, a que se apunta.

Efectos:

La transacción debe hacerse por escrito y es de interpretación restrictiva; esto es, está referida exclusivamente a los derechos mencionados en el acuerdo.

El art.1642 establece que la transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial. Aquí se impone realizar una aclaración.

Por efecto de cosa juzgada debe entenderse que la decisión a que han arribado las partes se encuentra firme y no cabe contra ella recurso judicial alguno. Ahora bien, si está referida a derechos litigiosos, es decir, que estén en juicio, el contrato sólo tendrá eficacia a partir de la presentación del instrumento firmado por las partes ante el juez de la causa. Si, en cambio, está referida a derechos dudosos, el efecto de cosa juzgada, el contrato lo adquiere con la firma del instrumento por las partes.

Dispone el art. 1644 que no puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables. Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos (por ejemplo, se puede transar sobre sumas alimentarias devengadas y aún no pagadas).

H. Contrato de consumo (remisión)

Remitimos a lo expuesto en el tratamiento dado al contrato de consumo en el punto 6. de la Unidad V.

I. Cesión de posición contractual

Establece el art.1636 que en los contratos con prestaciones pendientes cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual, si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión.

Son elementos estructurales de este contrato la transmisión de la posición contractual y la conformidad del deudor cedido.

Este instituto posibilita la introducción de un tercero a una relación contractual ya existente, quien de esta forma asume la totalidad de las obligaciones que recaían sobre el sustituido (el tercero se ubica en la posición jurídica en que estaba el transmitente).

Las partes del contrato son el cedente y el cesionario (el tercero que ingresa al contrato). Aunque el cedido necesariamente debe prestar conformidad, esa intervención se juzga como un requisito para que el contrato adquiera eficacia.

Desde la cesión o, en su caso, desde la notificación a las otras partes, el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones, los que son asumidos por el cesionario (art.1637). El cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato (art.1639).

2. ASPECTOS GENERALES DE LAS NUEVAS FORMAS CONTRACTUALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Cuestión terminológica

Bajo este título abordaremos el tratamiento de los contratos atípicos (innominados en la clasificación del CCyC), es decir, aquellos que no tienen una regulación legal específica y que participan, muchas veces, de características o modalidades de los distintos contratos típicos o nominados, lo que los torna "complejos".

La denominación de "contratos innominados" ha merecido como crítica que los mismos resultan atípicos en nuestro orden jurídico, pero no en otras legislaciones, que los prevén y regulan específicamente.

También se ha intentado la denominación de "contratos de empresa", apuntándose a un uso arraigado en la empresa moderna de tales formas contractuales.

Preferimos mencionarlos como nuevas formas de contratación, entendiendo por ello que estos contratos responden a necesidades actuales del tráfico mercantil; lo que, a su vez, implica que las diferentes variantes que trataremos no suponen la negación de otras formas que el uso vaya imponiendo.

A. Contrato de concesión: concepto y función económica

Es el contrato complejo en virtud del cual, el productor o fabricante (concedente) confiere, por tiempo indeterminado, a un comerciante (concesionario) la facultad de comprar, para su posterior reventa en determinada zona, con carácter de exclusividad, un producto de cierta marca, bajo normas establecidas en un reglamento emitido por el concedente.

Es importante destacar, para evitar confusiones, que este contrato reconoce naturaleza comercial y que se distingue claramente de la concesión administrativa, donde el Estado, por ejemplo, otorga a una empresa autorización para la explotación de un servicio público (transporte, provisión de gas, electricidad, etc.).

El concesionario actúa a nombre y por cuenta propia, no detentando la representación del concedente (art. 1502 CCyC).

De lo expuesto se desprende que existe una marcada desigualdad negocial entre concedente y concesionario, que se manifiesta a través de la adhesión por parte este último a las cláusulas generales impuestas por el concedente a todos sus concesionarios.

La concesión, al igual que la franquicia y el contrato de agencia, constituyen modos de distribución de productos, que son adoptados por las empresas de acuerdo con las particularidades de los negocios a emprender. La concesión, que supone una vinculación extendida en el tiempo, tiene gran difusión en los sectores automotor y de los combustibles (las fábricas automotrices lo utilizan para vincularse con su red de concesionarias y lo propio hacen las refinerías de petróleo para la distribución de sus productos en las estaciones de servicio).

En el contrato de concesión el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia ante terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, y prestar servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido (art.1502 CCyC).

Subordinación económica y técnica: El reglamento (condiciones generales de contratación)

El reglamento establecido por el concedente establece los requisitos que deberá reunir el comerciante para desempeñarse como concesionario, en orden a solvencia moral y económica, características del local habilitado para la venta de los productos, ubicación, crédito en plaza.

Paralelamente, impone las obligaciones a que estará sometido el concesionario, en orden a horario de atención al público (se tiende a uniformar el horario de todos los concesionarios), cupos mínimos de venta, habilitación de un local de venta de repuestos, service de reparaciones.

Por lo general, al tiempo de celebrarse el contrato de concesión, se suscribe el reglamento, que tiene la calidad de anexo del primero.

El reglamento funciona como un contrato con cláusulas preimpresas (por adhesión), en donde el concesionario se limita a aceptar, sin poder discutir condiciones, insertas en el reglamento, que habilitan la rescisión del contrato por el concedente a voluntad, sin indemnización alguna. Son usuales también las cláusulas por las cuales el concedente se reserva la facultad de controles periódicos de la contabilidad del concesionario.

Exclusividad

Si no se pacta nada en contrario (autonomía de la voluntad), la concesión es exclusiva para ambas partes en una zona o territorio determinados. Esta zona de influencia marca el límite de actuación del concesionario y en lo que al concedente se refiere, la exclusividad no le permite autorizar otra concesión en dicha zona (conf. art.1503.

Como el art.1503 consagra una norma supletoria de la voluntad de las partes, es factible que se negocie una exclusividad unilateral, es decir, que rijan sólo en favor de una de las partes. Así, por ejemplo, el concedente podría autorizar a más de un concesionario a actuar en el mismo ámbito territorial.

Efectos:

A. Obligaciones del concedente (conf. art.1504 CCyC).

- a) Proveer al concesionario de un mínimo de mercaderías que le posibilite atender en forma adecuada sus expectativas de venta, en los términos de pago, financiación y garantías previstas en el contrato.
- b) Respetar el territorio otorgado en exclusividad al concesionario.
- c) Proveer al concesionario manuales de información técnica del producto y dar la correspondiente capacitación a su personal.

- d) Proveer repuestos durante un plazo establecido.
- e) Permitir al concesionario el uso de marcas distintivas de productos, el acceso a la publicidad organizada por el concedente.

B. Obligaciones del concesionario (conf. art.1505 CCyC).

- a) Adquirir los productos exclusivamente al concedente.
- b) Respetar los límites territoriales de exclusividad establecidos en el contrato.
- c) Prestar los servicios de preentrega y postventa de productos.
- d) Adoptar el sistema de ventas, publicidad y contabilidad fijado por el concedente.

Retribución y gastos

El concesionario tiene derecho a una retribución, que puede consistir en una comisión o un margen sobre el precio de las unidades vendidas por él a terceros o adquiridas al concedente, o también en cantidades fijas u otras formas convenidas con el concedente.

Los gastos de explotación corren por cuenta del concesionario, salvo que se trate de aquellos originados en servicios de pre-entrega o de garantía gratuita a la clientela, que deben ser pagados por el concedente (conf. art.1507 CCyC).

Subconcesión y cesión del contrato

Al concesionario le está vedado designar subconcesionarios, agentes o intermediarios de venta y sólo podrá hacerlo previa autorización escrita del concedente. Ninguna de las partes podrá ceder el contrato a tercero (conf. art.1510 CCyC).

Duración del contrato:

El plazo del contrato de concesión no puede ser inferior a cuatro años. Si se pacta un plazo menor o si en el contrato no se estableció la duración, se entiende convenido por cuatro años.

La continuación de la relación comercial después de vencido el plazo determinado por el contrato o por la ley, sin haberse pactado un nuevo plazo, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado (conf. art.1506 CCyC).

Extinción: Si el contrato es por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante un preaviso (un mes por cada año de vigencia que haya tenido el contrato. La omisión de preaviso otorga a la contraparte el derecho a ser indemnizada por las ganancias dejadas de percibir en el período del preaviso omitido (conf. arts.1492 y 1493).

Operado del plazo de preaviso (que siempre finalizará con el último día de un mes), el concedente deberá readquirir del concesionario los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido conforme con las obligaciones pactadas en el contrato y que tenga en existencia, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago (conf. art.1508).

También se extingue el contrato por muerte o incapacidad del concesionario; por la disolución de la persona jurídica (concedente o concesionario), siempre que tal disolución no constituya el paso previo a una fusión empresarial (la sociedad se disuelve para ser absorbida por otra o para formar, junto a otra u otras, también disueltas, una nueva sociedad); quiebra de alguna de las partes; vencimiento del plazo (concesión con plazo determinado); incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por cualquiera de las partes; disminución significativa del volumen de negocios del concesionario (art.1494).

B. Leasing

Concepto y función

En el contrato de leasing el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio (conf. art.1227 CCC).

Pueden ser objeto de este contrato cosas muebles e inmuebles, marcas, patentes o modelos industriales y software, de propiedad del dador o sobre los que éste se halle facultado a dar en leasing (art.1228 CCC).

Lo usual es que el bien objeto del contrato sea adquirido por el dador (a persona indicada por el tomador o sobre la base de folletos, catálogos o especificaciones técnicas entregadas por el tomador) o que sea de propiedad del dador con anterioridad al contrato, pudiendo incluirse en el contrato (y abonarse dentro del canon) los servicios y accesorios necesarios para el diseño, la

instalación, puesta en marcha y puesta a disposición de los bienes dados en leasing (conf. art.1231 CCC).

Si el leasing tiene por objeto bienes inmuebles, buques o aeronaves, debe instrumentarse en escritura pública. En los demás casos, puede celebrarse en instrumento público o privado (art. 1234 CCC). El contrato es oponible a terceros desde su inscripción en el registro de la propiedad que corresponda a la naturaleza del bien de que se trate. Si el objeto del contrato son cosas muebles no registrables o software, debe inscribirse en el Registro de Créditos Prendarios (lo lleva el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor) del lugar donde se encuentren las cosas o del lugar en que deban ponerse a disposición del tomador.

Cuando el objeto del leasing sean bienes muebles, el tomador no puede retirarlos o trasladarlos del lugar en que deban encontrarse, de acuerdo a lo establecido en el contrato (se aplican a este respecto las normas relativas al contrato de prenda con registro – t.o. Decreto 897/95).

El tomador puede usar y gozar del bien objeto de leasing pero no puede venderlo, gravarlo o disponer de él, siendo inoponibles al dador tanto la venta del bien, como cualquier gravamen constituido sobre él. El dador tiene acción reivindicatoria sobre la cosa mueble que se encuentre en poder de cualquier tercero.

La opción de compra del bien puede ser ejercida por el tomador una vez que haya pagado tres cuartas partes del canon establecido, o antes, si las partes así lo hubieren convenido. Ejercida la opción de compra y pagado el precio, el tomador tendrá derecho a que le sea transmitido el dominio del bien, la que estará sujeta a las formalidades que exija la naturaleza de éste. Luego deberá procederse a la cancelación de la inscripción registral del leasing (conf. arts.1240 y 1242 CCC).

Tipos de leasing

Se distinguen dos tipos básicos: operativo y financiero.

En el leasing operativo existe coincidencia entre el dador y el fabricante o vendedor del bien. No existe intermediación de una entidad financiera entre el fabricante y el tomador.

La finalidad de este contrato es de cambio y se utiliza para la locación con opción a compra de bienes de capital (aeronaves, automóviles, maquinarias) y de consumo (computadoras, fotocopadoras). Muchas empresas constructoras de inmuebles recurren al leasing para la comercialización de sus unidades.

El leasing inmobiliario o mobiliario, entonces, constituyen subtipos del leasing operativo.

El leasing financiero, en cambio, es una operación compleja por la cual una persona (tomador) solicita a una empresa de leasing (dador) que adquiera de un tercero (fabricante o vendedor) un bien determinado, con la finalidad de que se lo conceda en locación, mediante el pago de un canon periódico, por un determinado plazo, a cuyo término el tomador podrá optar, básicamente, entre dos variantes: adquirir la propiedad del bien, mediante el ejercicio de la opción de compra prevista en el contrato, o continuar su arrendamiento, a través del pago de un canon periódico notoriamente reducido en monto respecto del abonado hasta ese momento.

Aunque en el concepto expuesto se hace mención a la figura del fabricante o vendedor, debe aclararse que éste no es parte en el contrato de leasing. En realidad existen dos contratos conexos: una compraventa, celebrada entre fabricante y empresa de leasing (dador) y un contrato de leasing posterior entre este último y el tomador.

C.- Franquicia

Concepto y función

Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.

El franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato.

El franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado (conf. art.1512 CCyC).

La franquicia es una variante del contrato de distribución

En forma similar al contrato de concesión, se establecen reglas severas a cumplir por el franquiciado, en orden a solvencia económica, habilitación de local de determinadas características, personas a emplear con ciertas calidades o capacitación, etc.

El franquiciante se reserva la facultad de controlar el cumplimiento por el tomador de las instrucciones impartidas y las especialmente previstas en el contrato. También se reserva el otorgante el derecho a rescindir el contrato, sin derecho a indemnización alguna, por el apartamiento del tomador de las directivas emanadas del contrato.

En general, si bien la contraprestación a cargo del tomador consiste en el pago de una suma periódica equivalente a un porcentaje de la facturación, también abona una suma inicialmente para afrontar los gastos de instalación, toda vez que es el otorgante quien se encarga de la preparación del local y capacitación del personal para dar inicio a la explotación.

Este contrato tiene importantes ventajas, porque permite al tomador ingresar a un sistema de comercialización con resultados probados y beneficiarse de una marca de producto y de una publicidad sobre ella montada que garantiza la clientela, y al otorgante le posibilita ingresar en nuevos mercados a bajo costo, por cuanto la inversión de instalación corre por cuenta del tomador. Este contrato es muy usado en nuestro país y es el que nuclea a Mc Donald's con sus locales comerciales, a Coca-Cola con sus embotelladoras locales, a Hush Puppies con las zapaterías Grimoldi, etc.

Elementos específicos del contrato

a) El "know how"

Esta denominación hace referencia al conocimiento esencialmente práctico (y normalmente de carácter tecnológico), generalmente amparado por una licencia o patente industrial, que el franquiciante cede en uso al franquiciado durante la vigencia del contrato, para que este último lo reproduzca (bajo compromiso de confidencialidad) en la elaboración del producto a vender o en la ejecución del servicio a prestar a su clientela.

La cesión de uso del know how supone la entrega de manuales de instrucciones o de procedimientos y capacitación complementaria de personal por el franquiciante.

b) La marca

La utilización de la marca comercial propiedad del franquiciante, habilita a éste, en preservación de su buen uso, a mantener un estricto control sobre los productos y servicios que el franquiciado comercializa, justamente porque el no acatamiento por éste de los recaudos previstos en los

manuales de calidad (que integran el contrato) puede derivar en serios perjuicios para la imagen de mercado del franquiciante.

El uso de la marca es lo que beneficia al franquiciado con el acceso a una clientela garantizada y a un sistema de publicidad centralizado, de efectividad probada.

c) El suministro

En muchos casos el contrato de franquicia comprende, a su vez, un contrato de suministro, en que el franquiciado asume la obligación de adquirir determinados insumos o materias primas, para la elaboración de sus productos, al franquiciante o a empresas vinculadas con éste.

Se trata, como se ve, de un suministro impuesto como condición de la franquicia.

d) Fiscalización

El franquiciante mantiene una estricta fiscalización operativa del franquiciado y un control sobre su actividad económico-financiera. Normalmente, el franquiciante se reserva facultades de auditoría contable, fiscal y jurídica.

Plazo

Es aplicable el artículo 1506, primer párrafo, referido al contrato de concesión, que establece que no puede tener una duración inferior a cuatro años. Sin embargo, un plazo inferior puede ser pactado si se corresponde con situaciones especiales como ferias o congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares.

Al vencimiento del plazo, el contrato se entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año, excepto expresa denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento con treinta días de antelación. A la segunda renovación tácita, se transforma en contrato por tiempo indeterminado (conf. art.1516 CCC).

D.- Fideicomiso

Concepto y generalidades

El fideicomiso es el contrato por el cual una persona física o jurídica, denominada fiduciante, transmite a otra, llamada fiduciario, la propiedad fiduciaria de determinados bienes, para que este último la ejerza en beneficio de quien se estipule en el contrato (beneficiario), debiendo reintegrar la propiedad al fideicomisario, luego de cumplido cierto plazo o una condición (conf. art.1666 CCC).

Las partes del contrato son fiduciante y fiduciario. El beneficiario es alguien a cuyo favor se han efectuado determinadas estipulaciones del contrato. Por último, fideicomisario es un beneficiario residual de los bienes, luego de pagados todos los beneficiarios (puede ser, por ejemplo, un acreedor del fiduciante, que haya pactado con éste esa forma de pago de la deuda).

La propiedad fiduciaria, a diferencia de la propiedad plena, es limitada en el tiempo. El fiduciario no puede disponer de los bienes a voluntad, sino dentro de los límites que se le han fijado en el contrato. Es el responsable de la ejecución de las acciones a adoptar sobre los activos, previstas en las instrucciones del contrato.

Fiduciario puede ser cualquier persona, pero si se hace de ello una profesión y se pretende actuar en la oferta pública de servicios fiduciarios, se exige la autorización del Banco Central de la República Argentina o de la Comisión Nacional de Valores.

La propiedad fiduciaria que tiene el fiduciario sobre los bienes entregados en fideicomiso, que pueden ser cosas, créditos, títulos valores, etc., no se confunde con la propiedad plena que le corresponde al fiduciario sobre su patrimonio propio. Es más, los acreedores particulares del fiduciario no pueden embargar ni ejecutar bienes que integren la propiedad fiduciaria recibida. Tampoco los acreedores particulares del fiduciante pueden ejecutar sus créditos sobre los bienes objeto de fideicomiso, dado que tales bienes, una vez celebrado el contrato, dejaron de pertenecer a aquél.

La propiedad fiduciaria no es otra cosa que la afectación de un patrimonio al cumplimiento de una finalidad: administrar y disponer de los bienes que lo integran en beneficio de aquel o aquellos a quienes se indique en el contrato.

Respecto de la masa de bienes transmitida, el art.1685 refiere: "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario".

Sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de ésta, los que sean razonables...".

Sobre el fiduciario pesa la obligación de rendir cuentas respecto de la administración, inversiones, ventas, alquileres, etc. de los bienes que le fueron transferidos en propiedad fiduciaria y le está vedado adquirir cualquiera de los bienes que integren el patrimonio fideicomitado.

El fideicomiso es de utilidad, tanto para viabilizar donaciones a favor de terceros, como para disponer de bienes como disposición de última voluntad, aunque la realidad ha demostrado que se trata de una figura muy versátil para llevar a cabo negocios comerciales o financieros.

Daremos un ejemplo que ilustrará una de las múltiples posibilidades que ofrece este instituto.

Una empresa constructora transmite en propiedad fiduciaria a un banco dos edificios de oficinas de su propiedad, por el plazo de diez años. En las condiciones pactadas en el contrato se instruye al fiduciario para que ejerza la propiedad fiduciaria a favor de quien, en su momento, financió parte de la construcción de los edificios (beneficiario). En ejecución del fideicomiso, el banco alquila algunas oficinas, otras las entrega en leasing y otras las vende en cuotas, constituyendo hipotecas sobre las unidades.

Una parte de las rentas mensuales que producen tales operaciones las liquida al beneficiario y la otra parte la invierte en fondos comunes de inversión, plazos fijos y acciones de sociedades anónimas que cotizan en bolsa.

Al finalizar el plazo fijado en el contrato, el que no podrá superar los 30 años (conf. art.1668 CCC), el fiduciario transmitirá la propiedad de los bienes remanentes al fideicomisario (podrá serlo el fiduciante, el beneficiario u otra persona; nunca el fiduciario). Esa masa de bienes estará representada por oficinas que fueron objeto de alquiler, cuota-partes de fondos comunes de inversión, acciones de sociedades anónimas y dinero producto de la inversión a plazo fijo de una parte de las rentas producidas por los activos objeto de fideicomiso. Eventualmente, también le transmitirá algún crédito hipotecario donde el deudor se haya atrasado en los pagos o que esté en ejecución judicial.

Durante la vigencia del contrato, el fiduciario, dentro de las instrucciones recibidas del fiduciante, habrá administrado los bienes recibidos en propiedad fiduciaria, vendido algunos e incorporado otros. La constitución del patrimonio ya no será la misma que el fiduciario recibiera al inicio del fideicomiso.

El fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (conf. art.1674). Al igual que todo administrador de bienes ajenos (el fiduciario los tiene en propiedad fiduciaria) debe rendir cuentas, lo que podrá ser solicitado por el beneficiario, el fiduciante y el fideicomisario, en su caso (conf. arts.1675 y 1676 CCC).

Dominio fiduciario y propiedad fiduciaria

El Código Civil, en su art.2506, establecía que el dominio era el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.

El dominio se llama pleno o perfecto, cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición o si la cosa que forma su objeto es un inmueble y se encuentra gravado respecto de terceros con un derecho real de servidumbre o usufructo (conf.art.1946 CCC).

En concordancia con tales disposiciones, el art.2661 C.C. definía al dominio imperfecto como el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa de la que enajena su dominio útil.

La Ley 24.441, que entró en vigencia a principios de 1995, fue la que introdujo el fideicomiso en nuestro orden normativo. Hasta ese momento no había en nuestro derecho un instituto que posibilitara dar adecuada instrumentación a situaciones como las descritas en el ejemplo anteriormente dado.

Esta ley sustituyó el antiguo texto del art.2662 del C.C., por el siguiente: “El dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

No obstante esta modificación, el fideicomiso previsto por la Ley 24.441 iba mucho más allá del estrecho marco del dominio imperfecto reglado en el Código Civil.

Apréciase que el art. 1° de dicha norma se refería a la “propiedad fiduciaria” de bienes y no al “dominio fiduciario”, limitado sólo a las cosas (objetos materiales susceptibles de valor económico). Ese avance del concepto de “propiedad fiduciaria” es lo que ha dado a este contrato las múltiples posibilidades y gran utilidad en el campo de los negocios.

Entonces, cuando se trate de cosas, éstas habrán sido transferidas en dominio fiduciario (el dominio del fiduciario sobre tales cosas no es perpetuo, sino que dura hasta la extinción del fideicomiso); en cambio, cuando los bienes transmitidos no sean cosas, estaremos ante una propiedad fiduciaria (los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario).

Los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco pueden ir contra los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, salvo la acción de fraude (remitimos a lo expuesto al tratar los vicios propios de los actos jurídicos). Por último, los acreedores del beneficiario y del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos del deudor (para cobrarse de los beneficios periódicos, en el primer caso, o del monto residual de bienes que se deba entregar al fideicomisario a la extinción del contrato).

Clases de fideicomiso

Nos referiremos aquí a los fideicomisos de negocios, porque los que persiguen una liberalidad o tienen un objetivo de beneficencia, suponen aplicaciones básicas del instituto, que no ofrecen ninguna dificultad.

Se distinguen dos clases principales de fideicomiso de negocios: no financiero y financiero. Dentro del primer tipo, se reconoce el fideicomiso de garantía y el de administración.

El fideicomiso de garantía es aquel por el cual el deudor transfiere en propiedad fiduciaria un bien o un conjunto de bienes que le pertenecen a una entidad fiduciaria, con la instrucción de que si el deudor fiduciante no abona en cierto plazo la obligación que ese fideicomiso pretende garantizar, el fiduciario proceda a vender los bienes y a entregar el producido de la venta al acreedor, hasta la suma debida, y el saldo, si es que lo hubiera, al deudor fiduciante o a otra persona.

El art. 1680 CCC dispone: “Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes”.

El fideicomiso de administración posibilita al fiduciante obtener una administración profesional de la masa de bienes y obtener rentas, para sí o para el beneficiario, con la ventaja de que, durante la vigencia del contrato, los activos entregados no quedan al alcance de sus acreedores. El ejemplo antes visto refleja un típico caso de fideicomiso de administración.

El fideicomiso financiero se lleva a cabo a través de los que se denomina titulización o “securitización” de créditos. Un ejemplo aclarará el punto.

Un banco que tiene una importante cartera de créditos hipotecarios otorgados (fiduciante), transfiere tales activos (en propiedad fiduciaria) a una entidad fiduciaria. Sobre la base del monto total de los créditos que integran el objeto del fideicomiso, el fiduciario efectúa una emisión de títulos valores, que habrán de cotizar en bolsa.

Los títulos emitidos habrán de amortizarse en determinado tiempo, coincidente con los plazos de devolución de los créditos hipotecarios. Los tenedores de títulos cobrarán periódicamente un interés por el capital que han invertido en la compra de títulos (por lo general, algún punto menos del interés pactado en los créditos hipotecarios). Al final del plazo, cuando los títulos se encuentran totalmente amortizados, la entidad fiduciaria los rescata abonando el valor a sus tenedores.

De esta forma, activos estáticos que tenía el banco, permitieron la generación de un segundo negocio.

Las posibilidades son ilimitadas, dado que la práctica demuestra que también son objeto de fideicomiso masas de créditos originadas en ventas en cuotas por medio de tarjetas de crédito, carteras de morosos de los bancos, etc.

Fideicomiso financiero –establece el art.1690 CCC- es el contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos.

Dichos títulos valores pueden ofrecerse al público en los términos de la normativa sobre oferta pública de títulos valores. En ese supuesto, el organismo de contralor de los mercados de valores debe ser autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, quien puede dictar normas reglamentarias que incluyan la determinación de los requisitos a cumplir para actuar como fiduciario (art.1691 CCC).

Registración del contrato de fideicomiso

Los contratos de fideicomiso no financieros deben registrarse ante el Registro Público que lleva la autoridad en materia de personas jurídicas de cada jurisdicción (art.284 Resolución General Inspección General de Justicia N°7/2015). Los financieros deben registrarse ante la Comisión Nacional de Valores. En CABA también hay que registrar los contratos de fideicomiso ante la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos (AGIP).

Extinción del fideicomiso

El fideicomiso se extingue por:

- a) el cumplimiento del plazo o la condición a que se ha sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal;
- b) la revocación del fiduciante, si se ha reservado expresamente esa facultad; c) cualquier otra causal prevista en el contrato (conf. art. 1697 CCC).

Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario está obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que correspondan, de acuerdo a la naturaleza de los bienes.

UNIDAD TEMÁTICA VII: DERECHOS REALES

por Rogelio César González

1. CONCEPTO

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) define a los derechos reales en el artículo 1882, en los siguientes términos: *"El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código."*

Teoría general de los derechos reales

El derecho real es el poder jurídico, de base legal, que las personas pueden ejercer directamente sobre la cosa, y que atribuye a su titular el denominado *"ius-persequendi"*, que le posibilita perseguir la cosa sin importar quién la tenga en su poder, y el *"ius-preferendi"*, que lo faculta a ser preferido en el ejercicio de su derecho con respecto a cualquier otro que haya adquirido derechos reales sobre la cosa con posterioridad (conf. arts. 1882 y 1886 CCyC).

El derecho real se ejerce sobre la totalidad o sobre una parte indivisa de la cosa, según que se trate de un único titular o de más de uno, como en el dominio o condominio.

Si bien, el derecho real recae sobre cosas, el último párrafo del art. 1883 CCyC establece que el objeto del derecho real también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley, el bien que indique específicamente la ley y no otro. Se trata de una situación de excepción, incorporada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que apunta a permitir constituir derechos reales sobre algunos bienes, cuando las circunstancias de los negocios o la necesidad de las transacciones comerciales así lo requiera, como por ejemplo el derecho real de prenda que recaiga sobre los créditos incorporados a un título.

Análisis de la definición del art. 1882 CCyC:

A. Un poder jurídico: Es un derecho subjetivo, que comprende un señorío de la voluntad, sobre cosas. No es una facultad aislada como en el caso de los derechos personales que son relativos, sino que es un conjunto de facultades que, por constituir una unidad, se corresponde con la idea de poder. Un poder sobre cosas determinadas, de carácter patrimonial, regulado, principalmente por normas de orden público.

B. De estructura legal: La ley crea el derecho real. Genera el tipo legal, otorgándole un nombre y contenido, que no puede ser modificado por los particulares.

C. Se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma: Es esencial, en el derecho real, que el titular puede actuar directamente sobre el objeto sin necesidad de intermediario. En el derecho personal –en cambio– se necesita que el deudor cumpla con la prestación. Para el

ejercicio de un derecho real no se requiere la participación de persona alguna, el titular *per se* puede ejercer todas las facultades que el derecho le otorga.

D. Atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código: La palabra titular está referida al sujeto de la relación real, el cual podrá ser una persona humana o jurídica. El titular del derecho real tiene la posibilidad de perseguir la cosa de manos de quien la detente y la preferencia basada en el principio romano "*prior in tempore potior in iure*" (primero en el tiempo mejor en el derecho).

Enumeración taxativa de los derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación

El art.1887 CCyC contiene la enumeración taxativa de los derechos reales. Ellos son:

- a) Dominio;
- b) Condominio;
- c) Propiedad horizontal;
- d) Conjuntos inmobiliarios;
- e) Tiempo compartido;
- f) Cementerio privado;
- g) Superficie;
- h) Usufructo;
- i) Uso;
- j) Habitación;
- k) Servidumbre;
- l) Hipoteca;
- m) Anticresis;
- n) Prenda.

Los derechos reales, se clasifican en **derechos reales sobre cosa propia**, integrados por el Dominio, el Condominio, la Propiedad horizontal, los Conjuntos inmobiliarios, el Tiempo compartido, los Cementerios privados y el Derecho de Superficie, cuando se tiene la propiedad superficiaria; y en **derechos reales sobre cosa ajena**, integrados por el Usufructo, el Uso, la Habitación y la Servidumbre. Y dentro de los derechos reales sobre cosa ajena, a su vez, encontramos otro subconjunto, que son los denominados derechos reales de garantía, como la anticresis, la hipoteca y la prenda.

Elementos de los Derechos Reales

Son elementos de los derechos reales:

- A. **Sujeto:** El sujeto, son las personas titulares del derecho real, sean físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras.
- B. **Objeto:** El objeto es la cosa respecto de la cual el titular tiene una relación de señorío y aquellos bienes a los que la ley, excepcionalmente, define como objeto de los derechos reales (2° párrafo del art.1883). El derecho real se ejerce sobre la totalidad o sobre una parte ideal de la cosa.

Respecto del concepto de “cosa”, remitimos a lo expuesto en la Unidad Temática II, relativa al Patrimonio y su contenido.

Persecución y preferencia

El art. 1886 CCyC dispone que: *“el derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente”*

Los derechos reales, tal como dijimos, atribuyen la facultad de persecución y preferencia, esto es, el derecho de perseguir la cosa en poder de quien la tenga, por quien ejerce su potestad. Son oponibles *erga omnes*, es decir, contra todos.

En el campo de los derechos reales, las acciones siguen la cosa, y no a una persona determinada, de allí que puedan ir contra cualquiera, dependerá de quien la detente (*ius perseguendi*). En los derechos personales, en cambio, el acreedor sólo puede demandar al deudor que se obligó a su respecto y no a cualquier tercero.

En segundo lugar, aparece el derecho de preferencia, por el cual, ante la concurrencia con otros derechos reales, de igual o distinta naturaleza, sobre la misma cosa, prevalece el derecho real constituido con anterioridad. Primero en el tiempo mejor en el derecho, *prior in tempore potior in iure*. Así, por ejemplo, si el inmueble está hipotecado y luego se lo grava con una servidumbre, el acreedor hipotecario puede solicitar que el inmueble se ejecute libre de la servidumbre. Para que esto funcione es menester que los derechos reales se encuentren debidamente publicitados.

Por otro lado, los derechos reales de garantía cuentan con privilegio, que les permite a ciertos acreedores percibir su crédito con preferencia a otros acreedores; en caso de que se venda la cosa, por ejemplo.

El artículo 1886 faculta al titular del derecho real a perseguir la cosa e imponer su preferencia a cualquier tercero que pretenda tener un derecho real o personal constituido posteriormente.

Diferencias entre derechos personales y reales

El objeto de los derechos personales es la prestación, es decir, aquella conducta que el deudor debe cumplir para satisfacer la expectativa del acreedor. La relación jurídica obligacional, entonces, se constituye entre personas (acreedor y deudor). El objeto de los derechos reales, en cambio, es la cosa, el objeto material susceptible de apreciación económica.

Mientras en los derechos personales existe un sujeto pasivo, obligado a cumplir la prestación; en los derechos reales, no hay un sujeto pasivo identificado, sino que es toda la sociedad la que debe abstenerse de turbar u obstaculizar el ejercicio del derecho real por su titular. Por eso los derechos reales son oponibles “erga omnes”, es decir, frente a todos.

Los derechos personales son creados por las partes sin limitación en cuanto a número, porque en sus contratos o convenciones, las personas pueden pactar derechos y obligaciones a voluntad. En cambio, en materia de derechos reales rige el principio de “numerus clausus”, la ley organiza los derechos reales en número limitado y cerrado. Las personas no pueden crear otros. La enumeración legal de los derechos reales es taxativa, es decir que no existen otros más que los previstos en la norma.

Una consecuencia directa del “numerus clausus” se encuentra prevista en el art.1884 CCyC: “La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”.

En los derechos personales la ley no exige publicidad, porque se trata de derechos relativos, que sólo son oponibles entre las partes de la relación jurídica de que se trate. En los derechos reales, por ser absolutos, oponibles erga omnes, la publicidad es obligatoria (inscripción en el Registro correspondiente), para que toda la sociedad los conozca, sepa quién es su titular, se abstenga de turbar su ejercicio y se produzcan los efectos propios del derecho.

Adquisición y extinción de los derechos reales

La adquisición de los derechos reales sucede mediante la adquisición originaria, por la adquisición derivada, y de forma especial mediante la adquisición legal, la adquisición por subasta judicial y la adquisición por prescripción adquisitiva o usucapión.

En la adquisición originaria, el titular del derecho real lo adquiere en forma libre y absoluta. El dominio de las cosas muebles no registrables sin dueño, por ejemplo, se adquiere por apropiación.

En la adquisición derivada por actos entre vivos, para adquirir una relación de poder sobre una cosa, se debe establecer voluntaria, por persona capaz, excepto las personas menores de edad, para quienes es suficiente que tengan diez años; o por medio de un contacto con la cosa.

Se requiere la concurrencia de título y el modo suficientes, conforme el artículo 1892 del CCyC.

El título suficiente es el acto jurídico revestido de las formas exigidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir un derecho real, como en una compraventa o en una cesión, por ejemplo, y no se refiere sólo a la forma del título, sino al acto en sí mismo.

El título, debe emanar del titular del derecho real que se transmite, que a su vez tenga la capacidad suficiente para ello, poder transmitir el derecho.

El modo suficiente hace adquirir el dominio, y los derechos reales que se ejercen por la posesión, mediante la tradición posesoria.

La tradición traslativa de dominio es el acto jurídico bilateral mediante el cual el *tradens* desplaza idealmente el inmueble y lo coloca en cabeza del *accipiens*, quien lo recibe de conformidad.

En consecuencia, el título y el modo suficiente hacen adquirir derechos reales de forma derivada.

Asimismo, es modo suficiente la inscripción en un registro de la propiedad cuando se trate de la adquisición de bienes registrables (conf. art.1892 CCyC), en los casos previstos por la ley, a fin de producir publicidad frente a terceros, como en los inmuebles, automóviles o la prenda de bienes.

Existe otro tipo de adquisición de los derechos reales, que es la adquisición legal, aquella que se adquiere por el mero efecto de la ley. La causa fuente no es el título, sino la ley.

Que se da en los casos de condominios de indivisión forzosa, en el derecho de habitación del cónyuge supérstite. Hoy se le suma el conviviente supérstite que puede invocar el derecho real de habitación. Y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe.

La prescripción adquisitiva o usucapión, es un modo de adquisición de los derechos reales sobre cosa propia y de los de goce o disfrute sobre cosa ajena, por la continuación de la posesión o de los actos posesorios durante el tiempo fijado por la ley.

Respecto a la extinción de los derechos reales, sin perjuicio de los medios de extinción especiales de cada derecho real, éstos se extinguen en general por la destrucción total de la cosa, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena; Hay consolidación cuando una misma persona reúne la titularidad de ambos derechos, ejemplo: el usufructuario que adquiere el inmueble o el titular del fundo dominante que adquiere el fundo sirviente, en la servidumbre.

2. POSESIÓN Y TENENCIA

El art.1908 CCyC refiere que las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia. Se trata de relaciones de hecho sobre la cosa, llamadas relaciones de poder.

a. Posesión: concepto y elementos. Prescripción adquisitiva

Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no, art.1909 del CCyC. El concepto hace referencia a dos elementos esenciales: la cosa que se tiene por sí o por otro y el comportamiento que corresponde al ejercicio de un derecho de propiedad.

Son elementos de la posesión el *corpus*, que se traduce en la posibilidad de disponer físicamente de la cosa, y el *animus domini*, que es el comportarse como titular del derecho real de que se trate. Pero puede suceder que el titular se comporta como el titular de un derecho real y puede no serlo. Ello por cuanto la posesión comprende al hecho de la relación con la cosa, sin importar el derecho que subyace. Ya que la posesión se adquiere, además, por el apoderamiento de la cosa.

Quien limpia un terreno baldío, lo hace cercar, realiza cultivos, levanta una construcción, paga los impuestos que gravan a dicho inmueble, etc., está realizando actos posesorios y actúa como si fuera su dueño. Se hallan reunidos ambos elementos.

La posesión que una persona obtiene sobre una cosa puede ser la consecuencia de un acto jurídico, como por ejemplo la compraventa, en donde la relación de poder se adquiere mediante la tradición, o puede obtenerse por el apoderamiento de la cosa.

El apoderamiento es un hecho voluntario que puede ser lícito, como en la adquisición del dominio por apropiación, conforme art. 1947 del CCyC; o ser ilícito, como en la posesión viciosa del art. 1921 del CCyC.

En ciertos casos la posesión que reúna ciertos requisitos que la ley exige puede ser un modo de adquisición de un derecho real, de los que se ejercen por la posesión. En tal supuesto nos hallamos ante la prescripción adquisitiva, que también recibe el nombre de usucapión.

La prescripción adquisitiva, es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley. Dicha posesión no debe ser interrumpida por actos positivos del titular orientados a hacer valer su derecho, como sería el caso de la promoción de una demanda judicial contra el poseedor; arts.1897 a 1900 CCyC.

El Código Civil y Comercial distingue dos tipos de prescripción adquisitiva: la prescripción adquisitiva breve y la prescripción adquisitiva larga.

La prescripción adquisitiva breve es aquella que posibilita la adquisición del derecho real existiendo justo título y buena fe, que se produce sobre inmuebles por la posesión continuada de diez años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de dos años.

Por justo título, se entiende aquel acto jurídico que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión; como causa generadora de derecho.

La buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, cuando por un error de hecho esencial y excusable, el sujeto está persuadido de su legitimidad. Que no consiste solamente en la creencia de la bondad de su derecho, sino que también el poseedor debe exhibir diligencia en su actuar. Así en materia registral, no obra de buena fe el poseedor que no haya cotejado las constancias registrales. Se presume mala fe, cuando el título es de nulidad manifiesta; cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlos; o cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona.

La prescripción adquisitiva larga, por no existir justo título y buena fe, es de veinte años para inmuebles y de diez años para cosas muebles registrables, no hurtada, ni perdida, que no inscribe a su nombre el poseedor, pero la recibe del titular registral.

La posesión exigible, debe ser ostensible y continua. Ello no implica un uso y goce constante de la cosa, con un cuidado de ella y un aprovechamiento, acorde con su naturaleza y destino.

La posesión de mala fe es viciosa, cuando es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza; y cuando es de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza.

b. Tenencia: concepto

Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor, art.1910 CCyC. Los tenedores reconocen en otro la propiedad del bien que detentan. Faltaría, en principio el *animus domini*, dado que hay que diferenciar el derecho a tener la cosa del hecho de la tenencia. Ya que, en el derecho personal hay que atender al contrato que lo origina, como la locación, el comodato o el depósito; y en el derecho real, a la relación real que legitima el hecho de la tenencia, como sucede con la prenda. Conteniendo al *corpus* y al *animus*.

El tenedor debe conservar la cosa, pudiendo reclamar al poseedor el reintegro de los gastos; debe informar al poseedor cualquier turbación que sufra en su derecho, sino deberá responder por los daños ocasionados al poseedor; y debe restituir la cosa a quien tenga derecho a reclamarla.

Tradición

Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra, y ésta la recibe. Si bien la tradición es un acto jurídico, no basta con que en el título que suscriben las partes, como por ejemplo en el contrato de compraventa de inmuebles por escritura pública, se manifieste en ese momento, que se hace la tradición de la cosa. Deben existir actos materiales que otorguen poder de hecho sobre la cosa, como la entrega manual de la cosa vendida, de las llaves del inmueble o del automotor. Mediante la tradición se desplaza la posesión o la tenencia de la cosa, según cuál sea el acto jurídico otorgado, como la compraventa o locación de cosa, por ejemplo. Arts. 1923 y 1924 del CCyC.

3. DERECHOS REALES SOBRE COSA PROPIA

a. Dominio: concepto y caracteres. Dominio perfecto e imperfecto

Es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley, conforme art.1941 CCyC.

El dominio presenta los siguientes caracteres:

Es **exclusivo**: dado que no puede tener más de un titular.

Es **absoluto**: porque confiere, según lo dispone el art. 1941, facultades plenas sobre la cosa. El titular de dominio puede usarla, servirse de sus frutos, venderla, gravarla, donarla o aun destruirla; en la medida que esa acción no afecte los derechos de terceros. El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios. Así, por ejemplo, el dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible; el titular de dominio puede construir otra planta sobre su inmueble, siempre que el código de edificación se lo permita. Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes pertenecen al dueño, con las limitaciones que podrían surgir de la existencia de un derecho de superficie o de un régimen de propiedad horizontal.

Es **perpetuo**: Atento que no tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue, aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que este último, el tercero, adquiriera el dominio por prescripción adquisitiva.

Es **excluyente**: El dueño puede repeler a extraños del uso, goce o disposición de la cosa, remover por propia autoridad los objetos puestos en ella, y encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándose a las normas locales.

Los caracteres dados corresponden al llamado dominio perfecto o pleno, que es aquel que no está sometido en su duración a condición o plazo resolutorios, y en que la cosa sobre la cual recae tal derecho no está gravada con cargas reales; son cargas reales los derechos sobre cosa ajena, vistos desde la óptica de quien los soporta: el titular del fundo sirviente en la servidumbre; el titular de la nuda propiedad en el usufructo, etc.

El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

Por otro lado, existe el dominio imperfecto, aquel que no se ejerce plenamente en las cualidades descriptas anteriormente. Que sucede cuando se constituyen el dominio desmembrado, el dominio revocable o el dominio fiduciario.

En el **dominio desmembrado** se ataca el carácter de exclusividad, dado que están gravados con cargas reales que benefician a otro, como lo son la servidumbre, el usufructo, el uso, la habitación, la hipoteca o la anticresis; no se ejercen con exclusividad.

El **dominio revocable**, está sometido a condición o plazo resolutorio a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien la transmitió, en el caso de un título revocable. O cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título. Se ataca el carácter de perpetuidad.

Por ejemplo, en los contratos de compraventa, pueden surgir pactos de retroventa, pacto comisorio, o de mejor comprador, para el primero de los casos. Y para los segundos, en donde el titular puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente del título, como cuando se revoque una donación por causa de ingratitud.

El **dominio fiduciario**, es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio, con el efecto de restituir la cosa a un tercero. Se ataca el carácter de perpetuidad de la propiedad.

El titular del dominio imperfecto es dueño, mientras no se hubiere cumplido el plazo o la condición resolutoria, por tanto, tiene las mismas facultades del dueño perfecto, es decir el *ius utendi, fruendi y abutendi*. Pero los actos jurídicos del dueño del dominio imperfecto están sujetos a las consecuencias de la extinción de su derecho.

Modos de adquisición del dominio:

Se clasifican en:

1. Por acto entre vivos o "mortis causa": El primer modo hace mención a la adquisición mediante un acto jurídico, revestido de las formalidades exigidas por la ley, que tiene por fin constituir o transmitir el dominio (título suficiente), sumado a la tradición de la cosa (modo suficiente). Un ejemplo aclarará el punto: una persona compra un inmueble. Se otorga la escritura traslativa de dominio, que el escribano actuante inscribirá luego ante el Registro de la Propiedad de la jurisdicción que corresponda. Al tiempo del otorgamiento de la escritura el vendedor efectuará la tradición posesoria del inmueble, con la entrega de llaves.

La adquisición "mortis causa", es la que ocurre por el fallecimiento del titular de dominio de una cosa, en donde le sucede en el dominio el heredero o el beneficiario de un legado testamentario.

2. A título universal o a título singular: El primer caso se da cuando lo que se transmite es la totalidad o parte de un patrimonio (p.ej.: sucesión por causa de muerte); la adquisición a título singular o particular se da cuando se celebra un acto jurídico por el cual se transfiere el dominio de una o más cosas determinadas.

3. Originarios y derivados: Los primeros son aquellos en que el dominio se adquiere con independencia, y aun a pesar, del propietario anterior (ej.: apropiación de una cosa que no tenía dueño); son modos derivados cuando el dominio se adquiere de un titular anterior (tradición; inscripción registral constitutiva de derechos, etc.). En este caso el titular adquiere la cosa con todas las cargas y gravámenes que pesaban sobre ella.

Límites al dominio

Se trata de normas que tienden a fijar límites dentro de los cuales deben ejercerse las facultades del titular del dominio a fin de que la institución cumpla sus fines individuales, económicos y sociales.

Los límites están impuestos por el derecho administrativo, sobre el dominio privado y sólo por el interés público.

b. Condominio

El condominio es el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa. Las partes de los condóminos se presumen iguales, excepto que la ley o el título dispongan otra proporción (art.1983 CCyC). Cada condómino debe pagar los gastos de conservación y reparación de la cosa y las mejoras necesarias y reembolsar a los otros lo que hayan pagado en exceso con relación a sus partes indivisas (art.1991 CCyC).

Salvo que se haya convenido la indivisión, cualquiera de los condóminos puede, en cualquier tiempo, pedir la partición de la cosa y la acción es imprescriptible.

El condominio es un supuesto de comunidad en los derechos reales. Que se da cuando dos o más personas ejercen en común el derecho de propiedad sobre una cosa mueble o inmueble. Que permanece indivisa, pero el derecho sobre ella se divide en cuotas partes donde cada condómino tiene una porción ideal.

Origen del condominio: El condominio puede surgir de:

Voluntad de las partes: mediante los contratos, como cuando dos o más personas adquieren en común una cosa, o bien la titular de dominio vende a una o más personas una parte indivisa de la cosa.

Testamento: el causante incluye en su testamento el legado de una cosa cierta a dos o más personas. En donde se trata de un legado de cosa determinada.

Disposición legal: condominio de indivisión forzosa de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles, como es el caso de muros, cercos y fosos (conf. art.1894 CCyC). Mientras subsista la afectación al uso común, ninguno de los condóminos podrá pedir la división (conf. art.2004 CCyC).

Caracteres

Se caracteriza el condominio por la existencia de dos o más personas físicas y/o jurídicas que tienen la posesión legítima en común de una cosa mueble o inmueble. El objeto, es una unidad de objeto, es decir, si varios condóminos tienen en común por ejemplo: un inmueble, un auto o varias aeronaves, todas deben ser consideradas como una unidad, de forma que el derecho de los condóminos no recae sobre partes materiales sino sobre la totalidad de cada una de ellas por partes indivisas.

Respecto a la titularidad, cuando el art. 1983 del CCyC, define al condominio como un derecho que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa, significa que el derecho se encuentra dividido entre los distintos condóminos y que a cada uno de ellos le corresponde una cuota parte indivisa, es decir un cuarto, un tercio, un medio, etc.,

El destino de la cosa común se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho. En donde cada condómino, conjunta o individualmente, puede usar y gozar de la cosa común sin alterar su destino.

Si no es posible el uso y goce en común por razones atinentes a la propia cosa o por la oposición de alguno de los condóminos, éstos reunidos en asamblea deben decidir sobre su administración, conforme dice el art. 1993 del CCyC.

Tipos de condominio: sin indivisión forzosa y con indivisión forzosa

En el condominio sin indivisión forzosa o normal, el ejercicio del derecho real sobre la parte indivisa está regulado por el art. 1989 del CCyC, en donde cada condómino, puede enajenar y gravar su parte indivisa de la cosa, sin el consentimiento de los restantes condóminos. También, los acreedores de un condómino pueden pedir judicialmente el embargo y subasta de la parte indivisa de aquél, sin esperar el resultado de la partición.

Cada condómino, conjunta o individualmente, puede usar y gozar de la cosa común sin alterar su destino.

Un condómino no puede, sin el consentimiento de los demás condóminos, enajenar el total o una parte de la cosa común que exceda su porcentual, ni puede constituir servidumbres sobre ella, ni gravarla con hipoteca. La disposición jurídica o material de la cosa sólo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos.

En el condominio con indivisión forzosa, que puede conformarse de forma temporal o permanente. La facultad de los condóminos de solicitar la partición en cualquier momento se encuentra, o suspendida como sucede en el condominio con indivisión forzosa temporaria o no existe, como en el condominio con indivisión forzosa perdurable.

Respecto a la indivisión forzosa, ésta puede surgir de la ley, como en el caso de condominio de muros, cercos y fosos. Puede ser convencional, por pacto entre condóminos, renunciando a solicitar la división por determinado tiempo. O puede ser judicial, mediante sentencia que considera nociva o antieconómica la partición en el momento de ser requerida.

Partición

La partición consiste en la conversión de la parte ideal o abstracta que le corresponde a cada condómino en una porción o lote material equivalente a su interés en la cosa. Es el resultado de la acción de división. En el condominio sin indivisión forzosa, dicha facultad es de orden público, irrenunciable e imprescriptible. El art. 1997 del CCyC, establece que, excepto que se haya convenido la indivisión, todo condómino puede, en cualquier tiempo, pedir la partición de la cosa.

Medianería

La medianera es el muro que demarca un inmueble y lo delimita del inmueble colindante. Sobre tal muro existe un condominio de indivisión forzosa, establecido por la ley, que comprende, tanto a la pared, como a la franja de terreno sobre la que aquélla se asienta.

Cada uno de los propietarios de inmuebles urbanos tiene frente al titular del inmueble colindante el derecho y la obligación recíprocos, de construir un muro lindero de cerramiento. Este muro podrá estar encaballado en el inmueble colindante, hasta la mitad de su espesor (conf. art.2007 CCyC). Así, quien edifica primero en un núcleo urbano tiene la facultad de construir un muro contiguo. De esta forma, la mitad de la pared se asentará en el terreno vecino.

La pared así construida será medianera hasta la altura de los tres metros, salvo lo que las reglamentaciones locales dispongan otra medida.

El que construye el muro de cerramiento contiguo tiene derecho a reclamar al titular colindante la mitad del valor del terreno, del muro y de sus cimientos. Si lo construye encaballado, sólo puede exigir la mitad del valor del muro y de sus cimientos; deuda de medianería, conforme art. 2014 CCyC. Así, el titular colindante tiene la obligación de pagar el muro de cerramiento en toda su longitud y el de elevación sólo en la parte que utilice efectivamente, conforme art. 2018 del CCyC.

c. Propiedad horizontal: concepto: Es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica, que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de acuerdo a lo que establece la ley y el reglamento de propiedad horizontal (conf. art.2037 CCyC).

Reglamento de Propiedad Horizontal: Cuando se construye un edificio con Unidades Funcionales (departamentos, locales, cocheras, etc.) y partes de uso común (pasillos, ascensores, hall de entrada, lavaderos, salón de usos múltiples, etc.), el titular de dominio (p.ej. empresa constructora dueña del edificio o banco que financió la construcción) o los condóminos (p.ej.: quienes adquirieron una unidad a construir) deben redactar por escritura pública el Reglamento de

Propiedad Horizontal, que debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente.

El Reglamento describe las distintas partes del edificio, la identificación, metraje del terreno y límites de cada unidad funcional y de las partes comunes de cada planta; contiene los derechos y obligaciones de los copropietarios; regula la organización del Consorcio; determina la parte proporcional indivisa que cada unidad funcional representa en el edificio; regla el uso y goce de las cosas y partes comunes. Además, determina las mayorías para adoptar las distintas decisiones por la asamblea y para modificar el Reglamento; el modo de designación del administrador, sus facultades y obligaciones, etc. (conf. art. 2056 CCyC)

El Consorcio de Propietarios: El art.148 CCyC enumera a las personas jurídicas privadas; entre ellas, en el inciso h), al Consorcio de Propiedad Horizontal. El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio, que tiene su domicilio en el inmueble. Son sus órganos la asamblea de propietarios, el consejo de propietarios y el administrador (conf. art.2044 CCyC).

Asamblea: Es la reunión de propietarios facultada para resolver las cuestiones que le son atribuidas por la ley y por el Reglamento; las que le son sometidas por el consejo de propietarios o el administrador; las relativas al nombramiento y despido del personal del consorcio y todo otro tema que no constituya facultad del consejo de propietarios o del administrador.

Los propietarios deben ser convocados a la asamblea en la forma prevista en el Reglamento (por el consejo de propietarios o el administrador), con transcripción del Orden del Día. Es nulo el tratamiento de temas fuera del Orden del Día, salvo que se encuentre presente en la asamblea el total de los propietarios y por unanimidad tomen la decisión de tratar el tema.

Las decisiones de la asamblea se adoptan por mayoría absoluta computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto (conf. arts. 2059 y 2060 CCyC). Así, por ejemplo, si en un edificio hay cien unidades funcionales, la mayoría se adoptará por el voto favorable de los titulares de más de 50 unidades, siempre que, además, tales unidades representen más del 50% indiviso del edificio (cada unidad tiene fijado un porcentual con relación al total del edificio y con ese porcentual contribuye al pago de las expensas comunes).

Podrá ocurrir que en un edificio con unidades funcionales de distinto metraje, con departamentos de uno, dos o tres ambientes, más de la mitad de las unidades no representen el 50% del porcentual.

En tal caso, para poder adoptar la decisión de que se trate deberán sumarse más unidades hasta sobrepasar el 50% indiviso.

La doble mayoría a que nos hemos referido es una novedad que ha introducido el Código Civil y Comercial respecto de lo que establecía la antigua Ley de Propiedad Horizontal.

Es obligatorio para el Consorcio llevar un Libro de Actas de Asamblea y un Libro de Registro de Firmas de los propietarios.

Administrador: Es el representante legal del consorcio con el carácter de mandatario. Puede ser administrador tanto un propietario como un tercero, persona humana o jurídica (conf. art.2065 CCyC).

El administrador es designado por la asamblea y puede ser removido sin expresión de causa. Además de los derechos y obligaciones previstos en el Reglamento, el administrador debe: convocar las asambleas y redactar el Orden del Día; ejecutar las decisiones de la asamblea; atender a la conservación de las cosas y partes comunes y a la seguridad de la estructura del edificio; practicar la cuenta de expensas y recaudar los fondos; rendir cuenta documentada dentro de los sesenta días del cierre del ejercicio financiero; cumplir con las obligaciones derivadas de la legislación laboral, de la seguridad social y tributaria; mantener asegurado el inmueble contra incendio y responsabilidad civil; etc. (conf. arts.2065 a 2067 CCyC).

f. Consejo de propietarios: Es facultad de la asamblea designar un consejo de propietarios, con las siguientes atribuciones: convocar a asamblea y redactar el Orden del Día, ante la omisión del administrador; controlar los aspectos económicos y financieros del consorcio; autorizar al administrador a utilizar el Fondo de Reserva ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios; ejercer la administración del consorcio en caso de vacancia o ausencia del administrador, y convocar a asamblea para la designación de administrador, en caso de vacancia.

Salvo en los casos mencionados, el consejo de propietarios no sustituye al administrador (conf. art.2064 CCyC).

Expensas comunes: Cada propietario debe contribuir a los gastos de conservación y reparación de su propia unidad funcional y pagar las expensas comunes de administración y reparación o sustitución de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, necesarias para mantener en buen estado, en condiciones de seguridad, comodidad y decoro al inmueble; así como también, hacerse cargo de las obligaciones impuestas al administrador por la ley, por el reglamento o la asamblea. Debe también pagar las expensas comunes extraordinarias dispuestas por resolución de

la asamblea, como, por ejemplo, gastos de pintura del frente del edificio, cambio de los ascensores, cambio de la caldera, etc. (conf. art.2048).

El certificado de deuda expedido por el administrador y aprobado por el consejo de propietarios, si este órgano existiere, es título ejecutivo para el cobro a los propietarios de las expensas y demás contribuciones (son requisitos del título ejecutivo: consignar una obligación de dar sumas de dinero; la suma debe ser líquida; la deuda debe ser exigible y de plazo vencido; constar en un instrumento que debe bastarse a sí mismo).

d. Conjuntos inmobiliarios:

Se denominan conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos (conforme art. 2073 del CCyC).

Son elementos característicos de estas urbanizaciones: cerramientos, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por los que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas.

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal. De este modo, los conjuntos inmobiliarios pasan a conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Son modalidades inmobiliarias especiales que se destacan por vincular indivisiblemente la existencia de sectores privados, atribuidos a sus adquirentes a título de dominio, con sectores afectados a usos comunes necesarios para el uso y goce de los primeros, formando un todo homogéneo que permita el uso, goce, disposición, de la unidad funcional.

En el terreno donde se desarrolla el conjunto inmobiliario, no todo se destina a uso común, sino solamente aquellos sectores o partes que sean de uso indefectible para todos sus partícipes, como son la circulación interna, los accesos. Y serán privadas, aquellas partes donde se asientan las construcciones de las viviendas, locales u oficinas para uso exclusivo.

Todas las partes o cosas de uso común estarán identificadas en el reglamento de propiedad y administración. Si no estuviese determinado, en principio se la considera común. El área donde se

desarrolla el conjunto generalmente está delimitada por un cerramiento perimetral, vinculando las unidades individuales y los sectores comunes afectados con indivisión forzosa.

Los gastos de conservación, mantenimiento y reparación de la cosa común son prorrateados entre los titulares de las unidades.

Por último, el reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones, pero no impedir la libre transmisión de unidades funcionales dentro del complejo.

4. DERECHOS REALES SOBRE COSA AJENA

Los derechos reales sobre cosa ajena, respecto al dueño, constituyen cargas o gravámenes reales.

Los trataremos a continuación.

Usufructo

Es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia.

Hay alteración de sustancia, si es una cosa cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba (conf. art. 2129 CCyC).

El objeto del usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de una cosa no fungible; un derecho, en los casos en que la ley lo prevé; una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales; o en el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario.

Sólo están legitimados para constituir usufructo el dueño, el titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el que puede recaer. A su vez, puede establecerse conjunta y simultáneamente a favor de varias personas. Si se extingue para una subsiste para las restantes.

En ningún caso el juez puede constituir un usufructo o imponer su constitución.

El usufructuario tiene el *ius utendi* y el *ius fruendi*, de modo que, tratándose de un inmueble, puede habitarlo y servirse de sus frutos, ya sean naturales o civiles. No puede disponer del bien. Tampoco puede apropiarse de los productos, porque con ello estaría alterando la sustancia del inmueble objeto del usufructo; por ejemplo, si en el inmueble hay una cantera, no puede extraer la piedra, porque ese recurso no se renueva. No alterar la sustancia en sentido de materia y tampoco en sentido de destino.

El usufructo implica un desmembramiento del dominio. El titular de dominio mantiene la nuda propiedad sobre la cosa, esto es, conserva su disposición material y jurídica; en tanto que el usufructuario tiene el uso y goce de la cosa.

En el anterior régimen del Código Civil, el usufructuario no tenía derecho a disponer jurídicamente de la cosa. El CCyC lo faculta expresamente. Así, el art. 2142 dispone que el usufructuario puede transmitir su derecho; en este caso, el límite máximo de duración de esta transmisión de derechos será la vida del usufructuario y no la del adquirente.

También puede constituir los derechos reales de servidumbre, uso y habitación y otorgar a otro el uso y goce de la cosa. En ninguno de estos casos el usufructuario se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario.

Modos de constitución del usufructo:

- por la transmisión del uso y goce con reserva de la nuda propiedad.
- por la transmisión de la nuda propiedad con reserva del uso y goce.
- por transmisión de la nuda propiedad a una persona y el uso y goce a otra (conf. art. 2134 CCyC).

La constitución del usufructo por contrato se presume onerosa. Puede ser establecido pura y simplemente, sujeto a condición o plazo resolutorio, o con cargo. Se puede solicitar garantía suficiente para constituir el derecho real de usufructo.

En los usufructos que son constituidos por disposición de última voluntad, se los presume gratuitos.

Los derechos reales de usufructo constituidos por contrato se pueden originar con el fin de crear el usufructo o transferir la nuda propiedad reservándose el uso y goce de la cosa.

En cambio, si fuere producto de una liberalidad, pueden darse tres hipótesis: que el propietario done sólo la nuda propiedad; que el propietario done sólo el usufructo o que done el usufructo a uno y la nuda propiedad a otro.

En los usufructos que nacen por actos de última voluntad, pueden darse las mismas hipótesis expuestas para los actos entre vivos de forma gratuita.

El usufructo es intransmisible por causa de muerte, sin perjuicio de lo dispuesto para el usufructo a favor de varias personas con derecho de acrecer.

Son obligaciones del usufructuario: (arts. 2145 a 2150 CCyC).

- ajustar el uso y goce que haga al destino de los bienes dados en usufructo. El destino surgirá de lo convenido por las partes, de la naturaleza de la cosa o del uso a que estaba afectada.

- realizar a su costa las mejoras de mero mantenimiento, las necesarias y las que se originen en su culpa.
- pagar los impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes que afecten directamente a los bienes objeto de usufructo.
- comunicar al nudo propietario las perturbaciones de hecho o de derecho sufridas en el uso y goce de la cosa.

El usufructuario singular o universal tiene derecho de aprovecharse de los frutos mientras dure el usufructo. Y sólo de los productos de una explotación ya iniciada.

Extinción del usufructo (art.2152 CCyC)

- muerte del usufructuario; si en el convenio las partes no pactaron duración, se entiende que el usufructo es vitalicio.
- extinción de la persona jurídica usufructuaria; si en el convenio las partes no pactaron duración, se entiende que el usufructo dura cincuenta años desde su constitución.
- el no uso por persona alguna durante diez años.
- el uso abusivo de la cosa y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente.

Restitución. El usufructuario debe entregar los bienes objeto del usufructo a quien tenga derecho a la restitución al extinguirse el usufructo, en la cantidad y estado detallado en el inventario o que surja del título. Se refiere el art. 2150 del CCyC a devolver la cosa al nudo propietario, al final del usufructo.

El nudo propietario conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho, pero no debe turbar el uso y goce del usufructuario. En consecuencia, puede enajenar el inmueble, por ejemplo, pero no podría enajenar un derecho mayor o más amplio del que tiene. El nudo propietario tiene las acciones propias del dominio, como las posesorias y de reivindicación.

b. Uso

Es el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título donde consta el derecho real, sin alterar su sustancia.

Si el título no establece la extensión del uso y goce, se entiende que lo que se constituye es un usufructo.

Este derecho real de uso sólo puede constituirse a favor de una persona humana (art. 2154 CCyC).

Se trata de un derecho real temporario, dado que la máxima duración es la vida del usuario. Se constituye sobre cosa ajena e importa una desmembración de la propiedad, pues el propietario sólo conserva la nuda propiedad. El usuario tiene la facultad de usar y gozar la cosa, de forma limitada, hasta cubrir las necesidades personales del usuario y su familia.

El usuario tiene la posesión legítima de la cosa y no puede constituir derechos reales sobre ella. Puede usar y gozar la cosa, sin alterar su sustancia. Y debe contribuir con los gastos de conservación y reparación de la cosa.

El uso es siempre en favor de sus titulares, personas humanas. No puede ser cedido ni es transmisible por herencia. No dura más allá de la vida del usuario.

Dicho uso puede recaer sobre todas las cosas no fungibles, que deben serle de utilidad al usuario o proporcionarle alguna ventaja.

El derecho real de uso puede constituirse por contrato, oneroso o gratuito, y por testamento. Cuando el contrato no establece el alcance del uso y goce, se entiende que se constituye un usufructo.

En el uso no se confiere a su titular el derecho de aprovechar económicamente la cosa, y la facultad de percibir los frutos se encuentra limitada a tomar aquellos frutos que sean necesarios para las necesidades del usuario y de su familia. En consecuencia, el art. 2157 del CCyCN, dispone que los frutos no pueden ser embargados por los acreedores, cuando el uso se limita a las necesidades del usuario y su familia.

c. Habitación

Es el derecho real, temporario e intransmisible en virtud del cual su titular puede morar en un inmueble ajeno construido, o en parte de él, sin alterar la sustancia.

Sólo puede constituirse a favor de persona humana. Se ejerce viviendo en la casa.

La habitación no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte. El habitador no puede constituir derechos reales o personales sobre la cosa.

El habitador debe hacerse cargo del pago de las cargas y contribuciones que recaen sobre el inmueble y de las reparaciones necesarias para su mantenimiento. Si sólo ocupa una parte del inmueble, debe contribuir a prorrata al mantenimiento (conf. arts. 2158 a 2161 CCyC).

El derecho de habitación recae sobre cosa ajena, e importa una desmembración del dominio, pues su titular conserva la nuda propiedad. Es el derecho de servirse de la cosa para habitarla. Tiene carácter alimentario, equivalente a una pensión alimentaria.

Además, es limitado en el tiempo, en lo cual sigue la naturaleza del usufructo, pudiendo extenderse como máximo a la vida del habitador. No es transmisible por actos entre vivos, ni por causa de muerte.

Por sus características se encuentra fuera del comercio, en consecuencia, no puede embargarse. Siempre el objeto reviste carácter personal y alimentario, no pudiendo los acreedores del habitador intentar su cobro sobre el derecho real de habitación.

El derecho de habitación, a diferencia del uso, no da derecho alguno a los frutos del inmueble. Sólo a vivir en un edificio determinado.

Puede constituirse sobre cualquier inmueble urbano que estuviere en el comercio. Se constituye mediante contrato a título oneroso o gratuito formalizados en escritura pública (art.1017 CCyC), o por actos de última voluntad.

4. Servidumbres

La servidumbre es el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno.

La servidumbre puede tener por objeto la totalidad o una parte material del inmueble ajeno.

La utilidad que obtiene el inmueble dominante puede ser de mero recreo (conf. art. 2162 CCyC).

La servidumbre participa de todos los atributos propios de los derechos reales. Es de carácter principal, y recae sobre cosa ajena, es decir deben existir dos inmuebles, que pertenezcan a dueños distintos, pues nuestro derecho no admite la servidumbre sobre cosa propia. El objeto siempre es sobre inmuebles, sea el sirviente o el dominante; y sobre la totalidad o una parte material del inmueble ajeno.

La servidumbre es positiva si la carga real consiste en soportar su ejercicio; y es negativa si la carga real se limita a la abstención que determina el título.

No se ejerce por la posesión, dado que se dispone que la servidumbre positiva importa actos posesorios concretos y determinados, pero no implica que el titular de la servidumbre ostente la posesión del fundo sirviente. Se ejerce la servidumbre y no el dominio u otro derecho real.

Desde el punto de vista del inmueble sirviente, la servidumbre supone una abstención o un “no hacer” que pesa sobre su titular.

Si bien las servidumbres más comunes se establecen entre fundos linderos, por ejemplo, una servidumbre de paso, para que el titular del fundo dominante pueda llevar a abreviar a su ganado a un arroyo al que no tiene acceso; o en una ciudad, la servidumbre de paso, que pesa sobre el

departamento del último piso de un edificio, para permitir al Consorcio el acceso a la caja del ascensor o a los tanques de agua ubicados en los techos. Puede ocurrir también que los fundos no sean linderos, como sería el caso de una servidumbre en virtud de la cual el titular del fundo sirviente deba permitir el ingreso de vecinos alejados, al sólo efecto de extraer agua del único pozo disponible.

Están legitimados para constituir una servidumbre, los titulares de derechos reales sobre inmuebles que se ejercen por la posesión. Si existe comunidad de titulares del derecho real sobre inmueble, la servidumbre debe ser constituida por el conjunto de tales titulares.

Servidumbre real y personal

La servidumbre puede ser real o personal. Si bien siempre existe un fundo o inmueble dominante y uno sirviente, la servidumbre personal se constituye en favor de una persona determinada, en donde la utilidad del fundo sirviente no es a favor del fundo dominante, sino a favor de su titular.

Al no tratarse de una servidumbre que implique al inmueble dominante, sino a su titular en forma personal, se extingue con la muerte de este último o con la transmisión del inmueble.

La servidumbre real, es inherente al inmueble dominante y es perpetua, salvo pacto en contrario (conf. art. 2165 CCyC).

Servidumbre forzosa

Es aquella que la ley autoriza con prescindencia de la voluntad del titular del inmueble sirviente. Nadie puede imponer la constitución de una servidumbre forzosa, excepto que la ley lo autorice. Son servidumbres forzosas la de tránsito a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública; la de acueducto, cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población; y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulta perjuicio grave para el fundo sirviente o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías.

Las servidumbres forzosas, son de carácter excepcional y responden a un interés superior.

El titular del fundo sirviente conserva la disposición jurídica y material de su inmueble, pero no debe turbar el ejercicio de la servidumbre, ni siquiera por la constitución de otra servidumbre. Si lo hace, el titular del fundo dominante puede exigir el cese de la turbación, y si la servidumbre es onerosa puede optar por pedir una disminución del precio proporcional a la medida de la turbación.

Ninguna servidumbre puede transmitirse con independencia del inmueble dominante.

Extinción de la servidumbre

Son medios especiales de extinción: la desaparición de toda utilidad para el fundo dominante; el no uso por persona alguna por diez años; en las servidumbres personales, si el titular del fundo dominante es persona humana, su muerte, y si es una persona jurídica, su extinción o, si las partes no pactaron una duración menor, el transcurso de cincuenta años desde que se constituyó la servidumbre. Extinguida la servidumbre, se extinguen todos los derechos constituidos por el titular dominante.

Derechos reales de garantía: generalidades

Al tratar de la clasificación de los derechos reales mencionamos que se dividen en derechos reales sobre cosa propia y sobre cosa ajena. Dentro de estos últimos se encuentran, a su vez, los denominados derechos reales de garantía: como la hipoteca, la prenda y la anticresis.

Los derechos reales constituidos en garantía de créditos sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados a hacerlo. Son accesorios del crédito que aseguran y por tanto se extinguen con el principal; son intransmisibles sin el crédito.

Se puede garantizar cualquier crédito, ya sea puro y simple, a plazos, condicional o eventual, de dar, de hacer o de no hacer. Al constituirse la garantía, debe individualizarse adecuadamente el crédito, con las excepciones de ley.

La ley exige especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito; esto es, los derechos reales de garantía sólo pueden tener por objeto cosas o derechos y el monto de la garantía debe estimarse en dinero; por lo que la especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen.

Los derechos reales de garantía son indivisibles. Dicha indivisibilidad consiste en que cada uno de los bienes afectados a una deuda y cada parte de ellos, están afectados al pago de toda la deuda y de cada una de las partes.

La totalidad de la deuda gravita sobre la totalidad del objeto afectado, de manera que, la división de la deuda o su extinción parcial, no implica necesariamente la división de la garantía ni la posibilidad de su extinción parcial.

e. Hipoteca

La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado (conf. art. 2205 CCyC).

El inmueble gravado con hipoteca queda afectado al cumplimiento de la obligación que garantiza. Pueden constituir hipoteca los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie (art.2206 CCyC).

Los efectos de la inscripción registral de la hipoteca se conservan por el término de treinta y cinco años (conf. art.2210).

Respecto a los caracteres de la hipoteca la doctrina suele clasificarlos en naturales y esenciales.

Naturales: sólo uno: indivisibilidad de la hipoteca.

El principio de indivisibilidad de la hipoteca significa que el gravamen debe extenderse a todo el inmueble afectado y a cada una de sus partes, por lo que mientras subsista un saldo impago, la hipoteca permanece íntegra sobre la totalidad del inmueble.

Si la hipoteca recae sobre varios inmuebles, en caso de incumplimiento, el acreedor puede elegir entre ejecutar todos los inmuebles a la vez, o uno solo de ellos, aunque estén en manos de un tercero poseedor.

Esenciales: Los caracteres esenciales hacen que en caso de faltar uno de estos, la hipoteca sea nula. Como caracteres esenciales de la hipoteca, se reconocen los siguientes: es un derecho real, es convencional, es accesorio a un crédito en dinero, se le aplica el principio de la especialidad, necesita inscripción y es solemne.

Al ser un derecho real, el acreedor tiene derechos sobre la cosa, y como consecuencia de ello es que el deudor se ve limitado. Así, por ejemplo, no puede hacer nada que implique disminuir el valor del inmueble hipotecado.

La hipoteca es convencional ya que se constituye mediante una convención expresa. A su vez, la hipoteca –como todo derecho real de garantía- es accesorio de una obligación principal. No puede existir hipoteca si no hay crédito al cual garantice. Este carácter accesorio determina que si se extingue o es inválida la obligación principal, también se extingue o es inválida la hipoteca, ya que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

A la hipoteca también se le aplica el principio de especialidad. La hipoteca debe recaer sobre un inmueble determinado y sobre el crédito al que el derecho real garantiza. No están permitidas las hipotecas generales que graven todos los bienes del deudor y los afecten a garantizar todas las deudas que él pueda tener.

El inmueble debe ser individualizado según la registración catastral, bajo pena de nulidad de la hipoteca.

La hipoteca debe constituirse por escritura pública y registrarse ante el registro de la propiedad inmueble correspondiente. El inmueble gravado con hipoteca debe estar determinado por su ubicación, medidas perimetrales, superficie, linderos, datos de registración, nomenclatura catastral y cuantas demás especificaciones sean necesarias para su debida individualización (conf. arts. 2208 y 2209 CCyC).

Objeto:

El art. 2192 establece que la hipoteca sobre el inmueble se extiende también a todos los accesorios del inmueble siempre que estén unidos al principal, a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, a las construcciones hechas sobre un terreno vacío.

Hipoteca constituida por un tercero: No es necesario que la hipoteca sea constituida por quien ha contraído la obligación principal, puede ser dada por un tercero que no esté obligado al pago del crédito.

La hipoteca puede ser constituida por el propio deudor o por un tercero. Si la constituye un tercero, éste se hace responsable –con un inmueble de su propiedad y a través de la constitución de la hipoteca- de que el deudor cumplirá, de lo contrario se ejecutará el inmueble del tercero para saldar la deuda. En el caso expuesto, el tercero no está respondiendo como fiador o personalmente, él solo responde con el inmueble hipotecado, no obstante, si el tercero quiere obligarse también como fiador puede hacerlo.

¿Puede alquilarse el inmueble hipotecado? Si en la hipoteca se prohibió expresamente alquilar, el alquiler de fecha posterior a la hipoteca es inoponible al acreedor; en cambio sí es de fecha anterior o si se autoriza expresamente en el contrato, será oponible al acreedor.

¿Puede constituirse otra hipoteca sobre el bien?, la respuesta es afirmativa, si esto no perjudica al acreedor hipotecario, porque cada uno cobra según su rango, es decir, por fecha de inscripción, “primero en el tiempo, primero en el derecho” y no a prorrata.

Extinción de la hipoteca

La hipoteca tiene dos vías de extinción:

Por vía indirecta: La hipoteca se extingue como consecuencia de la extinción total de la obligación principal (producida por los modos de extinción de las obligaciones, analizados en el punto 5. De la Unidad IV, a donde remitimos).

Por vía directa o principal: Se da en los casos en que la hipoteca se extingue por sí misma y se da en los siguientes supuestos:

Renuncia del acreedor: Renuncia en forma expresa y por escritura pública de su derecho hipotecario, consintiendo la cancelación de la hipoteca.

Expropiación y venta judicial: En estos casos el privilegio del acreedor pasa a ejercerse sobre la indemnización o sobre el precio de la venta.

Confusión: Se da cuando en una misma persona recae la calidad de acreedor hipotecario y de propietario irrevocable del inmueble. En estos casos la hipoteca se extingue, pero la obligación principal subsiste.

Destrucción de edificios: Si el inmueble hipotecado tiene edificios y estos se destruyen, la hipoteca solo se mantendrá sobre el suelo. Pero si el edificio se reconstruye, la hipoteca vuelve a aplicarse sobre el edificio.

Resolución de derecho de propiedad: Si el que constituyó la hipoteca tenía sobre el inmueble un dominio bajo condición resolutoria y esta se cumple, la hipoteca se extingue.

f. Prenda

La prenda es el derecho real de garantía sobre cosas muebles o créditos incorporados a un instrumento. Se constituye por contrato y se debe hacer tradición de la cosa, o el crédito instrumentado, en su caso, al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes. A esta prenda se la denomina comúnmente prenda con desplazamiento, porque la cosa dada en garantía pasa a poder del acreedor prendario hasta la cancelación del crédito por el deudor.

Mientras la cosa se encuentre en poder del acreedor, éste no podrá hacer uso de ella, pero sí cargar a cuenta del deudor los gastos de mantenimiento y conservación de aquélla.

En caso de que el crédito al que la prenda garantiza no sea pagado, el acreedor prendario podrá vender la cosa en pública subasta, cobrarse con el producido de dicha venta y si hubiere un remanente, entregárselo al deudor.

La prenda tiene como características principales que es un derecho real, es accesorio de una obligación principal y en general es convencional, aunque en forma excepcional se admite la forma tácita. La prenda tácita es la que surge cuando ya hay una obligación garantizada con una prenda y se genera una segunda obligación entre el mismo acreedor y deudor, que vence antes de que se pague la primera obligación. Esta segunda obligación se entiende garantizada con una prenda tácita, porque se presume que ambas obligaciones están avaladas por la prenda.

También, al igual que la hipoteca, cuenta con el carácter de especialidad, en donde debe estar detallado el crédito y la cosa preñada; y el de indivisibilidad, en donde la prenda es indivisible, pero

puede dividirse la deuda. Este último es un carácter natural, aunque puede no estar presente, por acuerdo de partes.

En general la prenda se da a los fines de garantizar un préstamo, pero puede garantizarse cualquier obligación: cierta, condicional, con o sin plazo; de dar, hacer o no hacer; etc.

Respecto a las cosas que pueden ser objeto de la prenda, estas son todas las cosas muebles y los créditos, pero ambos deben estar dentro del comercio, las cosas del dominio público del Estado no pueden prendarse, por su carácter. Las cosas pueden ser fungibles o no fungibles, pero deben ser muebles, ciertas, determinadas y presentes.

No se acepta la prenda sobre cosa ajena ni futura, porque lo esencial de la prenda es la entrega de la cosa al acreedor, lo que se torna imposible si no se es el dueño como para disponer de ella, o si la cosa no existe aún.

En cuanto a la prenda de créditos, ésta debe instrumentarse por escrito y siempre hay que entregar el instrumento del crédito al acreedor prendario, para perfeccionar el contrato.

Prenda de créditos

El art. 2219 del CCyC, posibilita que se dé en prenda un crédito incorporado a un instrumento, como las facturas impagas. En este caso la prenda recién quedará constituida cuando se notifique la existencia del contrato al deudor del crédito prendado.

El acreedor prendario debe conservar y cobrar, incluso judicialmente, el crédito prendado. Si la prestación percibida por el acreedor prendario consiste en dinero, debe aplicar lo recibido hasta cubrir íntegramente su derecho contra el deudor y en los límites de la prenda. Si, en cambio, la prestación percibida no es dineraria, el acreedor debe proceder a la venta de la cosa en subasta pública.

Prenda con registro

También existe otro tipo de prenda, sin desplazamiento, denominada con registro. Este tipo de prenda se rige por ley especial, Decreto-Ley 15.348/46, ratificado por Ley 12.962, texto ordenado por Decreto 897/95, y recae sobre bienes muebles registrables. La particularidad que presenta es que la cosa prendada permanece en poder del titular de dominio, que puede ser el deudor o un tercero, quien la puede usar, pero no disponer de ella hasta que se cancele el crédito.

La prenda se constituye por contrato y se inscribe en el registro de la propiedad que corresponda al bien de que se trate, como en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, que lleva, a su

vez el registro de créditos prendarios de automotores y maquinaria agrícola; Registro Nacional de Buques, Registro de la Propiedad Aeronáutica.

En las condiciones del contrato de constitución de prenda con registro es normal que se incluya una cláusula en virtud de la cual el deudor debe tomar un seguro contra todo riesgo sobre la cosa prendada, a favor del acreedor prendario.

La falta de pago de un crédito garantizado con prenda con registro habilita al acreedor a promover judicialmente un juicio de ejecución prendaria, con vistas a cobrarse con el producido de la subasta pública que disponga el tribunal actuante.

Para su validez se debe hacer en un documento público o privado pero redactado en formularios oficiales y con los contenidos establecidos por la ley. Además, se debe inscribir en el Registro de Créditos Prendarios para que sea oponible a terceros.

Esta prenda surgió con el objetivo de fomentar la actividad agrícola. El trabajador podía obtener un crédito prestando sus herramientas de trabajo (un tractor, por ejemplo) pero con la ventaja de que se las quedaba y las usaba para explotar su actividad.

La diferencia fundamental con la prenda común (con desplazamiento) es que en la prenda con registro la cosa prendada queda en manos del deudor o del tercero que la prendó para asegurar el cumplimiento de deuda ajena.

Respecto a la publicidad, en primer lugar, el contrato deberá inscribirse en el Registro de Prenda a los fines de que pueda oponerse a terceros y la misma durara por cinco años desde su inscripción, y pasado el plazo, caducará de pleno derecho, salvo que se reinscriba.

Existen dos tipos de prenda con registro: una es la Prenda Fija, que es aquella que se realiza sobre bienes determinados e individualizados, y la prenda flotante, que se constituye sobre mercaderías y materias primas en general de un establecimiento comercial o industrial y que permiten a su dueño enajenarlas, transformarlas o industrializarlas siempre que sea la actividad de dicho establecimiento. Este tipo de prenda afecta las cosas originariamente prendadas y las que resulten de su transformación, tanto como las que se adquieran, para reemplazarlas (conf.art.14, Decreto-Ley 15348/1946 (t.o. Decreto 897/1995).

g. Anticresis

Es el derecho real, sobre cosa ajena, de garantía, accesorio a un crédito u obligación, que recae sobre una o más cosas registrables determinadas, ya sean muebles o inmuebles, que se afectan convencionalmente por una cifra o monto determinados y que se entregan en posesión al acreedor,

o una persona designada por él, facultándolo para percibir los frutos que se deriven de ellos, para imputarlos a los intereses y/o al capital de la deuda así garantizada; quedando habilitado el acreedor, ante su insuficiencia o vencimiento del plazo máximo de su constitución, para proceder a la venta forzada del objeto de la garantía, teniendo en este último caso un privilegio sobre su producido para cancelar el crédito, con preferencia a otros acreedores del constituyente de la garantía.

El plazo máximo es de diez años, para cosas inmuebles y de cinco para cosas muebles registrables. Si el constituyente de la anticresis es titular de un derecho real de duración menor, la anticresis se acaba con su titularidad (conf. art.2214 CCyC).

De esta manera, el acreedor percibe los frutos, puede explotar la cosa o puede arrendarla, dado que tiene el derecho de usar la cosa; e imputar lo percibido primero a gastos e intereses y luego al capital de la deuda. Siempre dando cuenta al deudor.

Por otro lado, el acreedor anticresista debe conservar la cosa en su explotación, no pudiendo modificar el destino de la cosa. Y el deudor debe poder, terminado el plazo o cancelada la deuda, seguir explotando la cosa.

UNIDAD TEMÁTICA VIII: DERECHO DE FAMILIA

por Héctor Torres

1. FAMILIA: CONCEPTO:

En el régimen del Código Civil la familia era conceptualizada como una institución social de carácter permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.

El actual Código Civil y Comercial, en consonancia con la reforma constitucional de 1994, está guiado por la doctrina internacional de los derechos humanos, lo que significa una profunda revisión en la regulación referente a las relaciones de familia (lo que ha dado en llamarse “constitucionalización del derecho civil”).

El CCyC, con referencia a la familia, parte de una noción básica: la familia puede tener origen en un hecho biológico, pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad.

El concepto de familia no es natural sino cultural, por eso no existe un modelo universal e inmutable sino muy diversos tipos de familias.

Los cambios y transformaciones, que se fueron sucediendo en la realidad social, tales como la disolución del vínculo matrimonial por divorcio; el cese de la convivencia entre padres; la adopción unipersonal, etc., influyeron en la familia de una manera profunda y directa, provocando repensarla desde un enfoque plural. De esta manera, promoviendo nuevas formas de familia: unipersonales (de solteros, divorciados o viudos); monoparentales o matrifocales (madres sin parejas con hijos a su cargo, sean solteras o separadas); reconstituidas (parejas de segundas o ulteriores nupcias, a cargo de hijos procedentes de uniones anteriores); familias de cohabitantes, uniones informales de parejas sin legalizar, tengan o no hijos a cargo, etc., el concepto se ha enriquecido.

Reconocer la multiplicidad de formas familiares no significa negar su función esencial: la familia constituye el primer nivel de integración social del individuo, su primera escuela, un lugar de desarrollo personal, trasmisor de cultura, valores y riqueza que ejerce importantes funciones, entre ellas, la de satisfacer las necesidades fundamentales de la persona y complementar su personalidad a través de la unión con personas que la acompañan a afrontar las dificultades de la existencia.

“El Código Civil y Comercial parte de una noción básica: la familia puede tener origen en un hecho biológico, pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a la

naturaleza; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc.⁴⁴

El nuevo Código cambia radicalmente la regulación de las relaciones familiares, al colocar como objeto y sujeto fundamental de su protección a la persona, como integrante de un grupo social y sus diferentes formas. Se trata de un cuerpo legal más amplio, flexible y plural.

El Código admite la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que afirma: “en la convención americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abracar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.

“Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico”⁴⁵. **Parentesco: concepto.**

El art.529 CCyC refiere: “Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad”. Y en el segundo párrafo aclara: “las disposiciones de este Código que se refieren al parentesco sin distinción se aplican sólo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral”. Tal concepto implica un reconocimiento explícito de las distintas formas de vivir en familia y de lo que ello representa.

“Para que surja el parentesco no basta la mera existencia del vínculo biológico, sea por la naturaleza o mediante la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, ni la posesión de estado de hijo ni la unión convivencial de pareja, sino que es requisito *sine qua non* que concurra un verdadero emplazamiento jurídico en los respectivos estados de familia”⁴⁶

Clases

Parentesco natural: es el que vincula a dos personas que descienden de un antepasado común.

La proximidad del parentesco se establece por líneas (ascendente, descendente y colateral) y grados.

⁴⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino de 2014”, La Ley, 8/10/2014.

⁴⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, artículo citado.

⁴⁶ HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo L.(director), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, T°.III, p.373.

Se llama grado al vínculo entre dos personas que pertenecen a generaciones sucesivas (padre, hijo, nieto).

Línea es la serie ininterrumpida de grados o generaciones. La línea puede ser recta, que es la que une a los ascendientes con los descendientes (padre, hijo, nieto) o colateral, que es la que une a los descendientes de un tronco común (los hermanos entre sí están en segundo grado de la línea colateral, porque desde cualquiera de ellos hay que subir un grado para llegar al tronco común, que es el padre de ambos, y de ahí bajar un grado para llegar al hermano).

Tronco se refiere al antecesor o ascendiente común del cual parten dos o más líneas o ramas (en el ejemplo anterior, del padre parte una línea recta, que hacia arriba lo vincula con su ascendiente y hacia abajo con sus hijos y una colateral que lo vincula con sus propios hermanos y primos).

Rama son las líneas que parten de un tronco común (en el ejemplo, la recta y la colateral que parten del padre).

El Código Civil derogado, en los arts.352 y 353, contenía ejemplificaciones al respecto, que las volcamos aquí por su carácter ilustrativo.

El art.352 refería: “En la línea ascendente y descendente hay tantos grados como generaciones. Así, en la línea descendente el hijo está en primer grado, el nieto en segundo grado y el bisnieto en el tercero, así los demás. En la línea ascendente, el padre está en el primer grado, el abuelo en el segundo, el bisabuelo en el tercero, etc.”.

El art.353, por su parte, establecía: “En la línea colateral los grados se cuentan igualmente por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor común; y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en el segundo grado, el tío y el sobrino, en el tercero, los primos hermanos en el cuarto, los hijos de primos hermanos en el sexto, y los nietos de primos hermanos en el octavo, y así en adelante”.

Parentesco por Afinidad: es el que vincula a cada uno de los cónyuges con los parientes del otro. Se computa por el número de grados en que el cónyuge se encuentra respecto de esos parientes (para el cómputo, la persona de que se trate toma el mismo lugar que le corresponde al cónyuge en su familia). En línea recta, el yerno o nuera están recíprocamente, con el suegro o suegra, en el mismo grado que el hijo o hija, es decir, son parientes afines en primer grado. En la línea colateral, los cuñados entre sí se encuentran en el mismo grado que los hermanos entre sí; por tanto, son parientes afines en segundo grado.

El parentesco por afinidad no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro (conf. 536 CCyC). De tal forma, no tienen lazos de parentesco alguno quienes, en el lenguaje común, se denominan consuegros, concuñados, tíos o primos políticos, etc.).

Parentesco por Adopción: nace del vínculo jurídico que por sentencia judicial se crea entre el adoptado y el o los adoptantes (cuando se trate de adopción simple), o el que se crea entre adoptado con el o los adoptantes y con los parientes de éste o éstos (en la adopción plena).

Los efectos de la adopción varían según se trate de adopción sea simple o plena.

En la adopción plena, el adoptado adquiere el mismo parentesco que tendría un hijo del adoptante con todos los parientes de éste.

La adopción simple, en cambio, sólo crea vínculo de parentesco entre el adoptado y el adoptante (en la adopción simple el adoptado mantiene vínculos con su familia de origen).

“El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple...” (conf. art.621 CCyC).

Alimentos

El fundamento de la obligación alimentaria es el parentesco. Dicha obligación de fuente legal comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación (art.541 CCyC).

Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden:

- a. los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado;
- b. los hermanos bilaterales y unilaterales (son hermanos bilaterales los que tienen los mismos padres y unilaterales los que tienen en común sólo uno de los padres).

En cualquiera de estos supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos.

Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos los que están vinculados en línea recta en primer grado. De forma tal que cada cónyuge tiene obligación alimentaria respecto de sus suegros y éstos respecto de los cónyuges de sus hijos (conf. arts.537, 538, 534 CCyC).

El derecho a recibir alimentos no puede ser renunciado, pero sí las prestaciones alimentarias devengadas y no percibidas.

El pariente que pide alimentos debe probar que le faltan los medios económicos suficientes y también la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, cualquiera que sea la causa que haya generado tal estado (art.545 CCyC).

Los alimentos se deben desde el día de la interposición de la demanda o desde la interpelación efectuada al obligado por medio fehaciente.

La prestación se cumple mediante el pago de una renta en dinero, pero el obligado puede solicitar que se lo autorice a solventarla de otra manera, si justifica motivos suficientes (conf. art. 542 CCyC).

El acreedor de alimentos y su deudor pueden acordar el pago en dinero o en especie, y hasta una forma mixta, a través de la entrega de una suma de dinero y de determinados bienes. Pero planteada la contienda, la prestación debe ser pagada en dinero, posibilitando al juez la verificación del cumplimiento de la obligación y evitando así las innumerables cuestiones que presenta el pago en especie ⁴⁷.

Las sumas debidas por alimentos por el no cumplimiento en el plazo previsto devengarán una tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, a la que se puede adicionar la que el juez fije atendiendo a las circunstancias del caso.

El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia. Entre esas medidas podemos mencionar los astreintes, que son sanciones económicas conminatorias (p.ej. una determinada suma por cada día de retardo hasta que el obligado cumpla), paralización de procesos judiciales conexos (p.ej: se suspende el proceso de divorcio en trámite), prohibición de salida del país, etc. (conf. arts. 548, 552, 553 CCyC).

⁴⁷ HERRERA, Marisa, p.418.

2. MATRIMONIO

Concepto:

Es el acto jurídico familiar bilateral y solemne en virtud del cual dos personas, de igual o diferente sexo, declaran ante el oficial público su voluntad de unirse en una comunidad de vida, dando así nacimiento a un estado de familia entre ambos, generador de las relaciones jurídicas recíprocas determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia. El art.431 dispone que los esposos - quienes deben prestarse asistencia mutua- se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. La manifestación de voluntad ante oficial público es requisito indispensable para la existencia del matrimonio (conf. art.406 CCyC).

Impedimentos matrimoniales

Son las prohibiciones que la ley dispone para poder celebrar el matrimonio. En principio todas las personas están habilitadas para contraer matrimonio, a excepción de aquellas que se encuentren comprendidas en las situaciones a las que la ley califica de impedimentos dirimentes (que desunen o disuelven).

Clasificación

Los impedimentos pueden clasificarse según diferentes criterios elaborados por la doctrina. De acuerdo con los efectos que se derivan de su existencia, se pueden clasificar en dirimentes e impedientes.

En caso de celebrarse el matrimonio, los primeros traen aparejada la nulidad absoluta (parentesco, ligamen o crimen) o la nulidad relativa del acto (falta de edad legal, falta permanente de la salud mental, vicios de consentimiento). En tanto que los impedimentos impedientes, no determinan la nulidad del matrimonio, pero dan lugar a otro tipo de sanciones (p. ej.: el caso del matrimonio celebrado entre el tutor o sus descendientes y la persona bajo tutela del primero).

Son impedimentos dirimentes, para contraer matrimonio (conf.art. 403 CCyC):

- a. El parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo.
- b. El parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo.
- c. La afinidad en línea recta en todos los grados.
- d. El matrimonio anterior mientras subsista (impedimento de ligamen).

e. Haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.

El impedimento para contraer matrimonio existe entre quien ha sido condenado judicialmente (autor, cómplice o instigador) por el homicidio doloso de una persona, y el cónyuge superviviente de la víctima.

a. Tener menos de 18 años. El art.404 CCyC establece que el menor que no haya cumplido 16 años podrá contraer matrimonio con dispensa judicial; en cambio, si ya hubiere cumplido 16 años, lo podrán autorizar sus representantes legales, es decir, sus padres o, si no los tuviere, su tutor.

En este último caso si no obtuviera la autorización, podrá solicitar la dispensa judicial (el juez debe entrevistar al menor y a sus representantes legales, para escuchar los argumentos que cada uno tenga para fundar su posición). La decisión del juez debe tomar en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por el menor, básicamente en lo referente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial.

b. La falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial.

El art.405 CCyC dispone que en este caso puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. La decisión del juez deberá sustentarse en el dictamen previo de un equipo interdisciplinario acerca de la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y sobre la aptitud de la persona afectada para desarrollar la vida en relación. El juez, de todas formas, antes de decidir, debe entrevistarse personalmente con la pareja y, en su caso, con sus representantes legales.

Si un matrimonio se contrajere existiendo algunos de estos impedimentos, podrá ser declarado nulo en sede judicial.

Celebración: diligencias previas, forma.

Quienes pretenden contraer matrimonio deben presentar ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente al domicilio de cualquiera de ellos, una solicitud que debe contener:

- a. nombres y apellidos, y número de documento de identidad, si lo tienen;
- b. edad;
- c. nacionalidad, domicilio y el lugar de su nacimiento;
- d. profesión;

e. nombres y apellidos de los padres, nacionalidad, números de documentos de identidad si los conocen, profesión y domicilio;

f. declaración sobre si han contraído matrimonio con anterioridad. En caso afirmativo, el nombre y apellido del anterior cónyuge, lugar de celebración del matrimonio y causa de su disolución, acompañando certificado de defunción o copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiera anulado o disuelto el matrimonio anterior, o declarado la muerte presunta del cónyuge anterior, según el caso.

Si los contrayentes o alguno de ellos no sabe escribir, el oficial público debe levantar acta que contenga las mismas enunciaciones (art.418 CCyC).

El matrimonio debe celebrarse públicamente, con la comparecencia de los futuros cónyuges, por ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de ellos. Si se celebra en la oficina que corresponde a ese oficial público, se requiere la presencia de dos testigos y las demás formalidades previstas en la ley. El número de testigos se eleva a cuatro si el matrimonio se celebra fuera de esa oficina (cabe aclarar que se trata de testigos de conocimiento y no de aptitud nupcial).

En el acto de la celebración del matrimonio el oficial público da lectura al artículo 431 (referido al compromiso de los esposos a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la asistencia mutua, la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad), recibe de cada uno de los contrayentes la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronuncia que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley.

La persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral debe expresar su voluntad por escrito o por cualquier otra manera inequívoca (conf. art.418 CCyC).

La celebración del matrimonio se consigna en un acta que debe contener: a) fecha del acto; b) nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tienen, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y lugar de nacimiento de los comparecientes; c) nombre y apellido, número de documento de identidad, nacionalidad, profesión, y domicilio de sus respectivos padres, si son conocidos; d) lugar de celebración; e) dispensa del juez cuando corresponda; f) mención de si hubo oposición y de su rechazo; g) declaración de los contrayentes de que se toman por esposos, y del oficial público de que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley; h) nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tienen, estado de familia, profesión y domicilio de los testigos del acto; i) declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención

matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó; j) declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes; k) documentación en la cual consta el consentimiento del contrayente ausente, si el matrimonio es celebrado a distancia (el matrimonio a distancia es aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente, en el lugar en que se encuentra, ante la autoridad competente para celebrar matrimonios).

El acta debe ser redactada y firmada inmediatamente por todos los que intervienen en el acto, o por otros a su ruego, si no pueden o no saben hacerlo.

El oficial público debe entregar a los cónyuges, de modo gratuito, copia del acta de matrimonio y de la libreta de familia expedida por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (conf. art.420 CCyC).

El art.421 CCyC prevé una modalidad extraordinaria de celebración del matrimonio. Se trata del matrimonio en artículo de muerte: el oficial público puede celebrar matrimonio con prescindencia de todas o de alguna de las formalidades antes mencionadas, cuando se justifica que alguno de los contrayentes se encuentra en peligro de muerte, con el certificado de un médico y, donde no lo hay, con la declaración de dos personas.

En caso de no poder hallarse al oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, el matrimonio en artículo de muerte puede celebrarse ante cualquier juez o funcionario judicial, quien debe levantar acta de la celebración, haciendo constar las circunstancias mencionadas en el artículo 420 con excepción del inciso f, relativa a si existió oposición al matrimonio, y remitirla al oficial público para que la protocolice (para que el oficial del registro civil la vuelque en el Libro de Matrimonios).

Nulidad del matrimonio:

Es de nulidad absoluta (por hallarse comprometido el orden público; el vicio es insanable) el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 403 (parentesco, ligamen y condena como autor, cómplice o instigador del homicidio del cónyuge anterior de aquel o aquella con quien ha contraído matrimonio).

La nulidad puede ser demandada judicialmente por cualquiera de los cónyuges y por los que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio (el cónyuge de la persona que contrajo un nuevo matrimonio; ascendientes, descendientes o hermanos de alguno de los esposos; el

Ministerio Público cuando tenga conocimiento de la existencia de alguno de los impedimentos, por denuncia de cualquier persona, conf. art.411 CCyC).

Es de nulidad relativa (no se halla comprometido el orden público y el acto afectado por el vicio es confirmable) el matrimonio celebrado con los impedimentos establecidos en los incisos f) (no tener 18 años de edad) y g) (falta permanente o transitoria de salud mental) del art.403 CCyC y en el art.409 CCyC (vicios del consentimiento: violencia, dolo, y error acerca de la persona del otro contrayente).

Efectos de la nulidad del matrimonio. Matrimonio putativo

Los efectos de la nulidad del matrimonio varían según que los cónyuges, al momento de la celebración, conocieran o no la existencia del impedimento. A su vez, puede ser que el impedimento fuera desconocido por ambos o bien por uno solo de ellos. Esto es lo que determina la buena o mala fe de los cónyuges.

Se denomina matrimonio putativo a aquel que ha sido contraído de buena fe por ambos o por uno de los cónyuges.

Si el matrimonio anulado ha sido contraído de buena fe por ambos cónyuges produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad.

La sentencia firme disuelve el régimen de bienes matrimonial. Si la nulidad produce un desequilibrio económico respecto de uno de los cónyuges, el afectado tiene derecho a una compensación económica (puede ser una prestación única o una renta periódica). A falta de acuerdo entre las partes, la fijará el juez atendiendo al estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y al final de la vida matrimonial, a la dedicación que cada uno de los cónyuges brindó a la familia y a los hijos, a la edad y estado de salud de los cónyuges e hijos, a la capacitación laboral de cada uno, a la atribución de la vivienda familiar, etc.

Si uno solo de los cónyuges es de buena fe, el matrimonio produce a su respecto todos los efectos del matrimonio válido, hasta el día de la sentencia firme que declare la nulidad.

La nulidad otorga al cónyuge de buena fe derecho a: a) solicitar compensaciones económicas (el plazo se computa a partir de la sentencia que declara la nulidad); b) revocar las donaciones realizadas al cónyuge de mala fe; c) demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia.

El matrimonio anulado contraído de mala fe por ambos cónyuges no produce efecto alguno (conf. arts.427 a 430 CCyC).

3. RÉGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO: DISTINTAS MASAS DE BIENES Y SU RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN

En el régimen del Código Civil y Comercial existen dos regímenes de bienes del matrimonio de carácter voluntario: de separación y de comunidad de bienes y un régimen legal obligatorio, de comunidad (de orden público) respecto de ciertas contribuciones a los gastos del hogar y de sostenimiento y manutención de los hijos.

Régimen de separación de bienes:

Cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, aunque debe contar con el asentimiento del otro cónyuge cuando se trate de disponer derechos sobre la vivienda familiar o de los muebles indispensables de ésta.

Cada uno de los cónyuges responde por las deudas por él contraídas, salvo el caso de las que hubiere contraído cualquiera de ellos para solventar las necesidades del hogar y la educación de los hijos. En ese caso ambos cónyuges son solidariamente responsables (conf. arts.505 a 508 CCyC).

En el régimen de separación no cabe distinguir entre bienes propios de cada uno de los cónyuges y bienes gananciales, porque la totalidad de los bienes pertenecen a uno u otro.

“El matrimonio no altera el régimen de propiedad de los bienes, que siguen perteneciendo al cónyuge adquirente: cada cual adquiere para sí y administra y dispone de lo adquirido”⁴⁸.

Régimen de comunidad:

A falta de opción hecho en convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias. Este régimen, similar al que rigió durante la vigencia del Código Civil, que se denominaba de gananciales, opera en forma supletoria de la voluntad de los cónyuges; a falta de opción por el régimen de separación, rige el de comunidad de bienes.

⁴⁸ ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil-Derecho de Familia, 3ra.edición, Buenos Aires, Astrea, 1998, T°1, p.445.

En el régimen de comunidad deben distinguirse cinco masas de bienes, a saber: propios de cada uno de los cónyuges (dos masas), gananciales adquiridos por cada uno de los cónyuges (dos masas) y gananciales adquiridos por ambos cónyuges. Veremos cada una a continuación.

Bienes propios: los bienes de que cada uno de los cónyuges era titular antes de la celebración del matrimonio; los adquiridos durante el matrimonio por cada cónyuge por herencia, legado o donación; los adquiridos por permuta de un bien propio; las indemnizaciones por accidentes con daño físico; la obra intelectual o el invento, patentado o registrado con anterioridad al matrimonio (conf. art.464 CCyC).

Bienes gananciales: los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante el matrimonio por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto; los adquiridos durante el matrimonio por hechos de azar, como lotería, juego, apuesta o hallazgo de tesoro; los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad; los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad; los productos de los bienes gananciales, y los de las canteras y minas propias, extraídos durante la comunidad; etc.(conf. art.465 CCyC).

Excepto prueba en contrario, se presumen que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad.

Gestión de los bienes en la comunidad

Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, excepto la necesidad de pedir el asentimiento del otro cónyuge cuando queden implicados derechos de la vivienda familiar o de muebles indispensables de ésta.

También tiene la administración y disposición de los bienes gananciales que haya adquirido, aunque es necesario el asentimiento del otro cónyuge para enajenar o gravar bienes registrables, acciones de sociedades anónimas, participaciones de capital en otras sociedades, los establecimientos comerciales, industriales y agropecuarios.

Si los bienes hubieren sido adquiridos conjuntamente, la administración y disposición les corresponde a ambos cónyuges (conf. arts. 469 a 471 CCyC).

Deudas de los cónyuges

Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos, aunque ambos son solidariamente responsables por las obligaciones contraídas por uno de ellos 'para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento

y la educación de los hijos. Fuera de estos casos, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro (conf. arts.461 y 467 CCyC).

Disposiciones comunes a ambos regímenes:

Contribución al sostenimiento del hogar e hijos (conf. art.455 CCyC)

Cualquiera sea el régimen de bienes que rija, los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, al del hogar y al de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que convivan con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiendo considerarse que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

Asentimiento del cónyuge (conf. art.456 CCyC)

Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Convenciones matrimoniales

Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:

- a. la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;
- b. la enunciación de las deudas;
- c. las donaciones que se hagan entre ellos;
- d. la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en el Código (régimen de separación o de comunidad de bienes).

Toda convención sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor (conf. arts. 446 y 447 CCyC).

Estas convenciones, en caso de que los futuros cónyuges opten por hacerlas, deberán instrumentarse en escritura pública y la opción que ellos hagan con respecto al régimen de bienes a que se sujetarán, deberá anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

Hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial el único régimen de bienes que aceptaba nuestra ley era el de comunidad. Actualmente, según vemos, está la posibilidad de que los contrayentes convengan el régimen de separación. Atento a ello y con vistas a la defensa de los intereses de terceros, se ha optado en esta materia por un régimen de publicidad relativo a la elección del régimen de bienes del futuro matrimonio; esa es la razón de la anotación marginal en el acta (conf. art.448 CCyC).

Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos, accionando dentro del año, a contar desde que conocieron el cambio (sería el caso, por ejemplo, de quien concedió un crédito personal, pagadero en cuotas, a uno de los cónyuges durante la vigencia del régimen de comunidad, si los cónyuges deciden cambiarse al régimen de separación de bienes).

Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni optar por el régimen de separación de bienes (conf. arts. 449 y 450 CCyC).

4. DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL: DISTINTAS CAUSALES

El matrimonio se disuelve por: muerte de uno de los cónyuges; sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; divorcio declarado judicialmente.

Divorcio

El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges. La petición debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros aspectos que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Efectos del divorcio

El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, a la distribución de los bienes y eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria o puede contener también otras cuestiones de interés de los cónyuges.

El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

- a. el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;
- b. la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;
- c. la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;
- d. la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;
- e. la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;
- f. la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, se trate del inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:

- a. la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos;
- b. la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;
- c. el estado de salud y edad de los cónyuges;
- d. los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa:

- a. por cumplimiento del plazo fijado por el juez;
- b. por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación;
- c. por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria (conf. arts. 439 a 445 CCyC).

Separación personal

En el régimen del Código Civil se regulaba el instituto de la separación personal, conocida también como separación de cuerpos y bienes. Mediante un trámite judicial y con fundamento en causales previstas en la ley, se podía solicitar que el juez decretara la separación personal de los cónyuges. La sentencia ponía fin al deber de convivencia, disolvía la sociedad conyugal (régimen de bienes del matrimonio) y, si correspondía, fijaba el régimen alimentario de un cónyuge hacia el otro o respecto de los hijos, expidiéndose también sobre el régimen de tenencia y guarda de los menores y régimen

de visitas en beneficio del progenitor que no ejercía la tenencia. La separación personal no disolvía el vínculo matrimonial, razón por la cual los cónyuges no recuperaban su aptitud nupcial.

El Código Civil y Comercial derogó el instituto de la separación personal.

Unión convivencial: concepto y efectos

Es la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo (conf.art.509 CCyC).

El reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones convivenciales requiere que:

- a. los dos integrantes sean mayores de edad;
- b. no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado;
- c. no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta;
- d. no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea;
- e. mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años (art.510 CCyC).

La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios.

La registración de la existencia de la unión convivencial debe ser solicitada por ambos integrantes. No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente.

La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia.

Las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia (los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones: la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; la atribución del hogar común, en caso de ruptura; la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia).

A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción de que ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda.

El cese de la convivencia extingue los pactos de pleno derecho hacia el futuro (art.516).

Los pactos, su modificación y rescisión son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro civil y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos (registros de la propiedad).

Los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura (conf. art.517).

Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia.

Los convivientes tienen obligación de contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El conviviente que no dé cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

5. FILIACIÓN: CONCEPTO

“El Código incorpora una tercera fuente de la filiación. Además de la filiación por naturaleza o también denominada “biológica” y la filiación adoptiva, se agrega como tercera fuente filial las técnicas por reproducción asistida”⁴⁹. Todas ellas surten los mismos efectos (conf. art.558). La filiación tripartita es una de las grandes modificaciones que introduce en nuestra legislación el Código Civil y Comercial.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación (así, por ejemplo, si un padre pretende reconocer un hijo que ya tiene asignada una paternidad, deberá previamente obtener judicialmente la exclusión de la paternidad anterior).

⁴⁹ HERRERA, Marisa, p.473

Con fundamento en principios de igualdad y no discriminación, el art.559 CCyC prevé que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

Modos de determinación de la filiación:

Filiación por naturaleza

En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge.

Si se carece del certificado mencionado, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art.565 CCyC).

Filiación matrimonial

Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte (art.566). Se trata de una presunción iuris tantum, es decir, que admite prueba en contrario.

Una situación especial se da en los casos de separación de hecho de los cónyuges. En este supuesto el nacido debe ser inscripto como hijo del matrimonio si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida.

La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba: por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas; por sentencia firme en juicio de filiación; en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Filiación extramatrimonial

La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.

La paternidad por reconocimiento del hijo resulta:

- a. de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente;
- b. de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido;
- c. de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.

El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe notificar el reconocimiento a la madre y al hijo o su representante legal.

El reconocimiento es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo.

El reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama, excepto que haya habido posesión de estado de hijo.

Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida.

En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con la forma prevista en el Código y en la ley especial.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena (conf. arts.570 a 575 CCyC).

Técnicas de reproducción asistida

El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

- a. obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;
- b. revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local (conf. arts.560 a 564 CCyC).

Adopción

El Código Civil y Comercial reconoce tres tipos de adopción: a) plena; b) simple; c) de integración.

La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.

La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante.

La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente.

El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en el Código para cada tipo de adopción (conf. arts. 619 a 623 CCyC).

La responsabilidad parental

Es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

- a. el interés superior del niño;

- b. la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;
- c. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.

El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:

- a. en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos.
- b. en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores.
- c. en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro.
- d. en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor;
- e. en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor (conf. arts.638 a 641 CCyC).

El progenitor afín

Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. Debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor.

Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.

El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio.

Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente.

La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del

otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo con las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia (conf. arts.672 a 676 CCyC).

6. SISTEMAS DE APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD

El art.43 CCyC establece: “Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

El sistema de apoyos es una novedad legislativa que se orienta a complementar la voluntad de la persona restringida en su capacidad y no a sustituirla. En tal inteligencia, el apoyo brindado por personas de conocimiento de aquélla o vinculadas afectivamente a ella, se estima como una medida dignificante de la persona restringida en su capacidad. La intensidad de los apoyos variará con la gravedad o complejidad del caso (así, por ejemplo, una persona restringida en su capacidad de ejercicio podrá necesitar como apoyo únicamente un acompañante terapéutico y otra persona que lo asista con su conformidad previa, en los actos de disposición de bienes).

UNIDAD TEMÁTICA IX: SUCESIONES

por Eduardo Fiorani

1. SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE: CONCEPTO Y CLASES. APERTURA DE LA SUCESIÓN

Suceder jurídicamente a una persona significa que el derecho que a ella pertenecía ha sido transmitido a otra.

Esa transmisión puede darse por acto entre vivos, como es el caso de la compraventa, la donación, la cesión de derechos, etc., o por causa de muerte (sucesión mortis causa).

Desde otro punto de vista, como transmisión de derechos, la sucesión puede darse a título singular, en el caso de que lo que se transmita sea uno o más derechos individualmente considerados, o a título universal, cuando lo que se transmite es la universalidad de los derechos de una persona fallecida o una parte alícuota de los mismos. En el primer caso –sucesión a título singular-, la transmisión puede darse tanto por acto entre vivos, como lo sería en el supuesto de una compraventa de una o más cosas o la cesión de uno o más derechos particularmente considerados, o mortis causa, cuando mediante un testamento se transmiten uno o más derechos de la persona fallecida, individualmente considerados (por ejemplo, el legado de un inmueble, un automóvil, etc.). Éstos son entonces, como veremos en detalle más adelante, sucesores particulares mortis causa. La transmisión de la totalidad de los derechos de una persona a título universal, en cambio, sólo puede tener lugar por causa de muerte. Ello es así porque es imposible transmitir por acto entre vivos, todos los derechos y obligaciones de una persona.

En adelante, en este Capítulo nos referiremos siempre con el término sucesión a la sucesión por causa de muerte.

El art.2277 CCyC establece: “La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley. Si el testamento dispone sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiere por la ley. La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento”.

La muerte del causante, la apertura de la sucesión y la transmisión de la herencia se producen en el mismo instante, aun cuando quienes tienen vocación a la herencia ignoren la muerte del causante o que ellos tienen derecho a la herencia.

El heredero “se subroga en la posición jurídico-patrimonial del causante, y recibe la herencia como un todo, como una unidad comprensiva de activo y pasivo”⁵⁰.

Denominamos causante a la persona cuyo fallecimiento genera la apertura de su sucesión por causa de muerte.

El objetivo que persigue la ley es evitar situaciones de incertidumbre jurídica con relación a la situación de los bienes. Por lo tanto, los bienes que pertenecían al causante, no obstante su muerte, no han dejado de tener titular en ningún momento.

Luego, con la apertura del trámite judicial de la sucesión, se verá si existen herederos que puedan acreditar su derecho a la herencia; si habiéndolos, tienen interés en recibir los bienes que pertenecieran al causante, etc.

El texto del art.2337 CCyC posibilita completar la idea: “Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia...”.

Del artículo 2277 CCyC surgen entonces los dos tipos de sucesión por causa de muerte, según el llamado a suceder al causante sea hecho por la ley o por él mismo en un testamento: intestada (también denominada ab intestato o legal) y testamentaria. La norma prevé también la posibilidad de que los sucesores reciban los bienes del causante en parte por la ley y en parte por su voluntad testamentaria.

Las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite y a los parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive. A falta de herederos, estas sucesiones corresponden al Estado (nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según donde estén situados los bienes). En este caso el Estado no toma los bienes como heredero sino porque carecen de dueño. Volveremos sobre este tema más adelante, al tratar la denominada Sucesión del Fisco.

En caso de que una persona no tenga herederos legitimarios (llamados también forzosos): descendientes, ascendientes o cónyuge, los cuales no pueden ser privados de la herencia, puede otorgar un testamento para instituir herederos o legatarios. Del mismo modo, y aun teniendo

⁵⁰ FERRER, Francisco A.M., en ALTERINI, Jorge H.(director), *Código Civil y Comercial Comentado-Tratado Exegético*, La Ley, Buenos Aires 2016, T°.XI, p.102.

herederos legitimarios, puede recurrir al testamento para asignar la porción disponible de su herencia (conf. art.2462 CCyC).

Existiendo herederos legitimarios, la asignación de la porción disponible por parte del causante puede ser hecha tanto a alguno o algunos de sus herederos legítimos, en cuyo caso lo haría en calidad de mejora (así denominada porque, asignándole todo o parte de su porción disponible, mejora la parte de la herencia que ya por ley les corresponde), como a otra u otras personas a las que llama a recibir esa porción como legatarios.

Se denomina heredero a la persona a quien se transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia –la totalidad, un tercio, la mitad, el veinte por ciento, etc.-; y legatario al que recibe un bien particular o un conjunto de ellos. Si bien, tanto heredero como legatario son sucesores mortis causa, el primero lo es a título universal y el último, sin perjuicio de que reciba uno o más bienes, a título singular (conf. art.2278 CCyC).

La calidad de heredero puede, entonces, ser conferida tanto por la ley como por el causante en un testamento –siendo según el caso, respectivamente, “legítimo” o “testamentario”-. La calidad de legatario, en cambio, sólo se obtiene por disposición testamentaria.

2. SUCESIÓN INTESTADA: CONCEPTO

La sucesión intestada (ab-intestato, legal –en tanto el llamamiento a la herencia lo hace la ley- o intestada) opera en virtud de llamamientos a la herencia (derivados de la ley), sin intervención de la voluntad del causante, expresada en un testamento válido.

Nuestro derecho sucesorio está organizado sobre la base del llamado a la herencia de los denominados herederos legitimarios (llamados forzosos en el régimen del Código Civil): descendientes, ascendientes y cónyuge.

Los parientes colaterales hasta el 4° grado, si bien tienen vocación legítima a la herencia, no son herederos legitimarios, con lo cual el causante puede testar a favor de terceros y disponer así de la totalidad de sus bienes, sin tomarlos en cuenta. Pero, si no existe testamento, cobra virtualidad la vocación a la herencia de los colaterales.

Teniendo origen legal, puede afirmarse que la sucesión intestada reviste el carácter de imperativa, en el caso de que existan herederos legitimarios que no pueden ser dejados sin su porción legítima por el causante, y el de supletoria para el caso de que, no habiendo legitimarios ni testamento que

disponga de los bienes, existan parientes colaterales hasta el 4° grado, a los que la ley llama entonces a recibir la herencia.

Como vemos, hay ciertas reglas que sigue el Código Civil y Comercial con relación a la sucesión intestada. Tales son:

- Preferencia por líneas: primero descendientes, luego ascendientes y, finalmente, colaterales.

El cónyuge, que no pertenece a ninguna línea (recordemos que no existe parentesco entre cónyuges, constituye una excepción a esta regla, concurriendo con ascendientes y descendientes, y desplazando a los colaterales.

- Preferencia por grados: Los grados más próximos excluyen a los más lejanos (los hijos excluyen a los nietos, bisnietos, etc., los padres excluyen a los abuelos, bisabuelos, etc.). No obstante, veremos en seguida que, como excepción a esta regla y en los casos previstos por la ley, los parientes de grado más lejano pueden acceder a la herencia por el denominado “derecho de representación”.

Sucesión de los descendientes – El derecho de representación

Los hijos del causante se ubican en el primer lugar del orden sucesorio y concurren a la herencia por derecho propio.

Al ser sucesores universales, tienen vocación al total de la herencia, de modo tal que, en caso de que alguno de los hijos no aceptare la herencia, los demás se distribuirán el total.

En nuestra legislación han quedado borradas las diferencias que discriminaban a los hijos en orden a su filiación matrimonial o extramatrimonial. Incluso, el adoptado (en la adopción plena) y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo y sus descendientes por naturaleza y mediante técnicas de reproducción humana asistida.

Los demás descendientes (nietos, bisnietos, etc.) heredan por derecho de representación, sin limitación de grados.

Ante la concurrencia exclusiva de hijos del causante, el acervo hereditario se divide en tantas porciones alícuotas de igual valor como hijos existan.

Si alguno de los hijos hubiere fallecido y a la herencia concurrieren también los nietos del causante, por derecho de representación de su padre premuerto, la división se hará por estirpes,

correspondiendo en conjunto a los nietos del causante lo que le hubiere correspondido en la herencia a su progenitor, en caso de haber estado vivo al momento de la muerte del causante.

El derecho de representación constituye un supuesto de vocación indirecta: quien hubiera debido heredar al causante, no lo hace, por haber fallecido antes que éste, o no puede, por caber a su respecto una causal de indignidad para suceder (art. 2281 y ss. CCyC) o por renunciar a la herencia. Es así, entonces, que concurren a la herencia sus descendientes, en su representación.

La indignidad del descendiente en la sucesión de aquél por quién pretende concurrir en representación (por ejemplo: nieto indigno respecto de su padre que pretende ir en su representación a la sucesión de su abuelo), impide el ejercicio de tal derecho. Se trata claramente de una solución con fundamento de orden moral.

La representación equivale a un derecho sucesorio por stirpe (por generación: hijos, nietos, etc.), desde que todos los hijos de una persona premuerta, cualquiera sea su número, reciben en conjunto la misma parte que hubiera recibido su progenitor.

Aunque, como vemos, se extiende también a los casos de renuncia a la herencia y de declaración de indignidad, este derecho ha sido concebido inicialmente para permitir al nieto (y demás descendientes, en su caso) concurrir a la sucesión de su abuelo aunque su padre hubiese prefallecido. De no existir este derecho, en el ejemplo dado el nieto vería cómo sus tíos heredan los bienes de su abuelo y, muy posiblemente, en poco tiempo, cómo dichos bienes terminan en poder de sus primos sin él haber recibido nada.

Es por ello también que Vélez Sarsfield señaló en la nota al artículo 3549 del ya hoy derogado Código Civil que "...La representación ha sido imaginada a fin de reparar en el interés de los hijos, el mal que les ha causado la muerte prematura de sus padres..."

La representación tiene entonces lugar en caso de premoriencia (el descendiente a quien correspondía la herencia ya ha fallecido y concurren sus hijos por derecho de representación), renuncia (el descendiente a quien correspondía la herencia ha renunciado a ella) o indignidad (el descendiente a quien correspondía la herencia ha sido declarado indigno de suceder al causante).

Sucesión de los ascendientes

A falta de descendientes, heredan los ascendientes más próximos en grado, quienes dividen la herencia por partes iguales.

En la línea ascendente tiene plena vigencia el principio de preferencia por grados antes visto y no se aplica el derecho de representación, como consecuencia de lo cual, si ambos padres del causante

están vivos, heredan al hijo por partes iguales y si sólo uno de ellos lo está, hereda el total sin importar si existen otros parientes de ese ascendiente fallecido.

Si ambos padres del causante hubieren fallecido, heredarán los ascendientes que siguen en grado: abuelos, por ejemplo. Se aplica en el caso la misma regla de distribución recién referida.

Sucesión del cónyuge

Si el causante se encontraba casado y tenía descendientes (y a falta de opción hecha en la convención matrimonial), el acervo sucesorio se compone de los bienes propios del fallecido y del 50% de los bienes gananciales. La otra mitad de los gananciales la retiene el cónyuge supérstite por propio derecho, como la parte que le corresponde en el régimen de comunidad de bienes, disuelto por el fallecimiento.

El cónyuge supérstite, en concurrencia con los hijos del causante, recibe, exclusivamente de los bienes propios que hubiere dejado el causante, la misma parte que en dichos bienes corresponde a cada hijo. Así, si el causante tuviese 3 hijos, sus bienes propios los heredarán, en cuatro partes iguales, aquéllos y el cónyuge (conf. art.2433 CCyC).

Respecto de los gananciales (el 50%, correspondiente al fallecido y que forma parte del acervo sucesorio) se repartirán solamente entre los hijos ya que respecto de este tipo de bienes los descendientes excluyen al cónyuge.

Si no existe descendencia, el cónyuge supérstite debe concurrir a la herencia con los ascendientes del causante (recordemos que, si existiera descendencia, ésta excluye a los ascendientes). El acervo hereditario se compone también del 50% de los bienes gananciales que correspondían al fallecido y los bienes propios de éste. Pero en este supuesto (de concurrencia con ascendientes) el cónyuge recibe como herencia la mitad de todos los bienes (conf. art.2434 CCyC).

A falta de descendientes y ascendientes, el cónyuge hereda la totalidad del acervo sucesorio, excluyendo a los colaterales, quienes no revisten la calidad de herederos legitimarios (art.2435 CCyC)..

El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges (art.2437 CCyC)...

Matrimonio in extremis

El caso del matrimonio *in extremis* tiene una particular regulación en el CCiv.Com. en relación a la vocación hereditaria del cónyuge supérstite.

La sucesión del cónyuge no tiene lugar si el causante muere dentro de los treinta días de contraído el matrimonio a consecuencia de una enfermedad existente en el momento de la celebración, conocida por el supérstite, y de desenlace fatal previsible, excepto que el matrimonio sea precedido por una unión convivencial.

Se aprecia claramente que el fundamento de la norma es moral. La ley presume que, en las circunstancias descritas en el artículo analizado, la intención del cónyuge supérstite al contraer matrimonio "in extremis" (en un momento en el que por el devenir natural de las cosas es de esperar el fallecimiento de su consorte en un plazo breve), obedeció a un interés puramente económico. Y como tal, castiga tal acción con la pérdida de la vocación hereditaria que prevé normalmente para el cónyuge supérstite.

La excepción a esta regla la constituye el caso de que antes del matrimonio hubiese existido una unión convivencial entre el causante y su cónyuge. En ese supuesto no solamente dejaría de justificarse la presunción antes señalada, sino que también es posible suponer que la celebración del matrimonio "in extremis" ha tenido precisamente la intención de dar protección jurídica al cónyuge ante la situación de hecho que constituía la convivencia de la pareja.

Sucesión de los colaterales

A falta de descendientes, ascendientes y cónyuge, heredan los parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive (art.2438 CCyC).

Los colaterales de grado más próximo excluyen a los de grado ulterior, excepto el derecho de representación de los descendientes de los hermanos, hasta el cuarto grado en relación al causante. Los hermanos y descendientes de hermanos desplazan entonces a los demás colaterales (tíos, por ejemplo).

No teniendo carácter de legitimarios, los colaterales tienen una vocación sucesoria de carácter supletorio, que cobra virtualidad sólo en el supuesto de que el causante no haya instituido herederos por testamento.

El límite que impone la ley a la sucesión de los colaterales es del 4° grado con relación al causante. Para el cómputo de los grados, en primer lugar hay que subir en la línea hasta llegar al ascendiente en común que existiera entre el causante y el colateral de que se trate. Así, por ejemplo, si fallece una persona soltera, sin descendientes ni ascendientes y quien se presenta a la herencia es un sobrino, para conocer el grado en que se encuentra con relación al fallecido, habrá que buscar el ascendiente común. Del causante a su padre se computa un grado, del padre del causante a su otro

hijo (hermano del fallecido), un segundo grado y de éste a su hijo (sobrino del causante) un tercer grado. De tal modo, el sobrino, con relación al causante se encuentra en el 3º grado. El límite a la herencia colateral es el 4º grado: en el ejemplo, los hijos del sobrino (llamados coloquialmente sobrinos nietos).

En su última parte, el art.2439 CCyC, dispone: "...Los hermanos y descendientes de hermanos desplazan a los demás colaterales". Corresponde ver cuál es el sentido práctico de esta norma.

Supongamos que se presenta a la herencia un primo hermano del causante. En el ejemplo antes dado, habrá que contar dos grados para llegar al ascendiente común, que es el abuelo del causante; luego, un grado más en línea descendente, para llegar al hermano del padre del fallecido (tío del causante, que se encuentra en 3º grado) y otro grado hasta el primo del causante (4º grado).

Si bien el primo del causante tiene vocación sucesoria, porque se encuentra en el 4º grado (y sus hijos podrán concurrir a la herencia por derecho de representación, si su padre hubiere fallecido antes que el causante), no podría disputar derechos hereditarios a los hijos del sobrino del causante, que si bien se encuentran también en el 4º grado, se ven favorecidos por la previsión contenida en la última parte del artículo 2439, que, como vimos, expone claramente que los hermanos y descendientes de hermanos desplazan a los demás colaterales.

Tratándose de la sucesión de un hermano, si concurren a la herencia hermanos bilaterales (hijos de los dos padres) y hermanos unilaterales (hijos de uno solo de los padres), cada uno de estos últimos le corresponde la mitad de lo que hereda cada uno de los hermanos bilaterales (conf. art.2440 CCyC).

Sucesión del Fisco

A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público, se debe declarar vacante la herencia si no hay herederos aceptantes ni el causante ha distribuido la totalidad de los bienes mediante legados.

Al declarar la vacancia, el juez debe designar un curador de los bienes.

La declaración de vacancia se inscribe en los registros que corresponden, por oficio judicial (conf. art.2441 CCyC).

Hay herencia vacante cuando, ocurrido el fallecimiento del causante, ningún heredero legítimo o testamentario promueve el juicio sucesorio, sea porque no los haya, sea porque ha mediado renuncia a la herencia. También existe herencia vacante en el caso de que exista un testamento en

el que el testador sólo haya efectuado legados de cuota o particulares y existan bienes no asignados.

Si bien, ante la publicación de edictos que se realiza en el proceso sucesorio a fin de citar a los herederos y acreedores del causante, pueden no haberse presentado herederos (o los que se presentaron no hubieren podido acreditar el vínculo con el causante), es posible que sí se hayan presentado acreedores. En ese caso, una vez justificados sus créditos, el curador debe proceder a cancelar las deudas. Asimismo, si el causante hubiere dejado un testamento con legados de cuota o particulares, el curador debe proceder a pagarlos, en ambos casos, previa autorización judicial.

Si fuere necesario vender algún bien para efectuar tales pagos, podrá hacerlo y luego rendir cuentas a la autoridad encargada de recibir las herencias vacantes. El art.12 de la Ley 52 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que la venta de los bienes se realizará mediante el sistema de subasta pública.

Concluida la liquidación, el juez debe mandar entregar los bienes al Estado que correspondiere (Nacional, Provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Quien posteriormente a la atribución de los bienes al Estado reclamara derechos hereditarios deberá promover acción judicial de petición de herencia. En tal caso, deberá tomar los bienes en la situación en que se encuentren (esto significa que si, por ejemplo, existen gravámenes o cualquier clase de derecho transmitido por el Estado a terceros con relación al bien, quien lo reciba con posterioridad, deberá recibirlo en el estado en el que se encuentre y no podrá exigirlo libre de tales gravámenes o derechos de terceros).

3. VOCACIÓN HEREDITARIA

El llamamiento a la herencia de aquellos que, en virtud de la ley o de un testamento válido, están en condiciones de suceder al causante en la titularidad de los bienes, recibe el nombre de vocación hereditaria.

Este llamamiento trae aparejado el derecho de la persona de que se trate de aceptar o repudiar la herencia.

La vocación hereditaria supone, en esencia, que una o más personas, por revestir la calidad de herederos legítimos (legitimarios y colaterales hasta el 4° grado) o testamentarios, están en condiciones de adquirir la herencia. Ahora bien, en principio se trata de un llamamiento genérico;

luego se concretará sólo en algunos, atendiendo al orden sucesorio y al grado de parentesco en que se encuentre (sucesión ab intestato).

También puede ocurrir que alguno de quienes tienen vocación hereditaria no acepten la herencia o que exista a su respecto una causal de indignidad que le impida aceptarla, en cuyo caso, otros herederos ocuparán su lugar, no obstante hallarse en un grado más lejano de parentesco con relación al causante.

Indignidad: concepto y causales

En algunos casos, personas que tienen vocación hereditaria son excluidas de la sucesión en virtud de haber incurrido en conductas ofensivas o agraviantes hacia el causante.

La indignidad encuentra fundamento en la presunta voluntad del causante de excluir de su sucesión a la persona que incurra en las conductas que la ley tipifica como causales.

El ejercicio de la acción de indignidad puede ser ejercida, luego de la muerte del causante, por quien pretende los derechos que correspondían al indigno. Ello significa que solamente quién tiene una vocación hereditaria sobre los derechos que corresponderían al indigno, que cobraría virtualidad al ser éste excluido, tiene la legitimación para poder ejercer la acción de indignidad.

Entonces, aunque la indignidad dependa de que se dé alguna de esas circunstancias determinadas, denominadas causales, que analizaremos a continuación, no basta solamente con ello sino que, para que se la reconozca y declare, debe ser solicitada exclusivamente por alguno de los sucesores antes señalados⁵¹.

El art.2281 CCyC establece las causales de indignidad en enumeración taxativa, lo que significa que no pueden alegarse más causales de indignidad que las expresamente previstas en la ley, ni recurrirse a la analogía (casos similares a los que prevé la norma) para fundar una acción de indignidad.

Son indignos de suceder:

a) los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena.

⁵¹ FERRER, Francisco A.M., obra citada, p. 124).

Si el delito hubiera sido culposo, es decir, obrado con negligencia, imprudencia o impericia, el autor no incurre en causa de indignidad, ya que la norma exige la intención, que implica dolo como elemento de esa clase de ilícitos penales.

b) los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria.

Si bien la mayoría de las causales están referidas a conductas que haya tenido el reputado de indigno respecto del causante, puede ocurrir, como en el caso en análisis, que la acción ofensiva lo haya sido respecto de la memoria del causante, es decir, cuando ya se produjo su fallecimiento.

c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal.

Quien haya realizado una denuncia o acusación formal contra el causante por delito castigado con pena privativa de libertad, con independencia de que haya recaído o no condena, demuestra una animosidad hacia aquél que no se compadece con la conducta esperable de quien ha de beneficiarse con el patrimonio del fallecido.

No procede esta causal de indignidad si quien formuló la acusación o la denuncia es la propia víctima del delito o su cónyuge, conviviente, descendiente, ascendiente o hermano. Tampoco procede si quien radicó la denuncia estaba obligado legalmente a hacerlo (integrantes del ministerio fiscal o funcionario público que tomó conocimiento de un delito de acción pública con ocasión de sus funciones –conf. art.174 Cód. Procesal Penal-).

d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda debido a otra denuncia o de oficio. Esta causal de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice.

Se entiende que quienes no denunciaron la muerte dolosa del causante, debieron estar en condiciones de saberlo. De lo contrario, no caen en causal de indignidad.

Con respecto a la previsión contenida en la última parte del inciso, el art.178 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que nadie podrá denunciar a su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del denunciante o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el denunciado.

e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo;

f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad.

No se incurre en la causal si el reconocimiento ha sido voluntario antes de que el causante adquiriera la mayoría de edad. En cambio, es indigno quien ha reconocido al hijo como consecuencia de una reclamación judicial de filiación.

g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental (remitimos a las causales de privación de la responsabilidad parental previstas en el art.700 CCyC).

h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento.

Se trata en todos estos supuestos de haber atentado contra la voluntad del causante; ya sea actuando directamente sobre su intención influyéndola o mediante manipulaciones materiales sobre el testamento que la expresa.

i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones (en general, las causales coinciden, aunque, de acuerdo con el art.1571 inc.c, CCyC, también sería indigno de suceder el heredero que hubiere privado injustamente al cónyuge o conviviente del causante, sus ascendientes o descendientes de bienes que integraban su patrimonio).

En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

El testamento en que se beneficia al indigno, otorgado con posterioridad a los hechos de indignidad, comporta el perdón del causante, excepto que se pruebe el desconocimiento de tales hechos por el testador. Para la ley es claro que, si a pesar de que el sucesor estaba incurso en alguna de las causales de indignidad que acabamos de ver, el causante decide incluirlo en su testamento, lo ha perdonado.

La exclusión del indigno sólo puede ser demandada después de abierta la sucesión, a instancia de quien, como ya señaláramos, pretende los derechos atribuidos al indigno.

Caduca el derecho de excluir al heredero indigno por el transcurso de tres años desde la apertura de la sucesión, y al legatario indigno por igual plazo desde la entrega del legado.

Admitida judicialmente la exclusión, el indigno debe restituir los bienes recibidos, aplicándose lo dispuesto para el poseedor de mala fe. Debe también pagar intereses de las sumas de dinero recibidas, aunque no los haya percibido (conf. arts. 2282 a 2285 CCyC).

Aceptación de la herencia

Establece el art.2293 CCyC: "La aceptación de la herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el heredero toma la calidad de tal en un acto otorgado por instrumento público o privado; es tácita si otorga un acto que supone necesariamente su intención de aceptar y que no puede haber realizado sino en calidad de heredero".

Al inicio expusimos que, de acuerdo a lo que surge del art.2277, la muerte de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de la herencia a las personas llamadas a sucederla. Queda claro, entonces, que la adquisición de la herencia se produce en dicho momento, pero sólo con carácter provisorio, mientras no medie la correspondiente aceptación.

La aceptación de la herencia es un acto voluntario unilateral y no recepticio (en tanto no se dirige a persona alguna), en virtud del cual la persona llamada a la herencia asume los derechos y obligaciones relativos a la calidad de heredero.

La aceptación es indivisible, en el sentido de que no puede aceptarse solamente una parte de la herencia. Se debe aceptar por el total. Tampoco puede sujetarse a modalidades, tales como plazo o condición (conf. art. 2287. Es irrevocable, dado que, una vez aceptada, ya no se podrá rechazar la herencia (conf. art. 2298). No se trata de un acto personalísimo, en la medida que se admite la aceptación por mandatario dotado de poder especial que lo habilite expresamente a aceptar herencias en nombre y por cuenta de su mandante (conf. art. 375 inc. d, CCyC).

¿La aceptación de la herencia es un acto jurídico? Cuando media aceptación expresa, es decir, llevada a cabo mediante forma escrita, entendemos que sí, porque nos hallamos ante un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones; pero cuando se trata de una forma de aceptación tácita, todo indica que se trata de un mero acto voluntario, porque, en definitiva, es la ley la que le atribuye a tales conductas efectos de aceptación. El fin inmediato del sujeto de tales actos no será el de producir las consecuencias jurídicas que, en definitiva, la norma le atribuye, al darles el efecto de aceptación de la herencia.

El art.2294 CCyC contiene una enumeración de los actos que implican aceptación de la herencia:

- a) la iniciación del juicio sucesorio del causante o la presentación en un juicio en el cual se pretende la calidad de heredero o derechos derivados de tal calidad;
- b) la disposición a título oneroso o gratuito de un bien que integra el acervo hereditario o el ejercicio de actos posesorios sobre él;

- c) la ocupación o habitación de inmuebles, de los que el causante era dueño o condómino, después de transcurrido un año del deceso;
- d) el hecho de no oponer la falta de aceptación de la herencia en caso de haber sido demandado en calidad de heredero;
- e) la cesión de los derechos hereditarios, sea a título oneroso o gratuito;
- f) la renuncia de la herencia en favor de alguno o algunos de sus herederos, aunque sea gratuita (tal acto implica en realidad la cesión de los derechos hereditarios);
- g) la renuncia de la herencia por un precio, aunque sea en favor de todos sus coherederos (al igual que en el inciso precedente, existe también aquí cesión de derechos hereditarios, lo que implica aceptación).

Ocurrida la muerte del causante, todo heredero tiene la facultad de aceptar la herencia que le es deferida o de renunciarla (art.2287) , pero el heredero que oculta o sustrae bienes de la herencia es considerado aceptante con responsabilidad ilimitada, pierde el derecho de renunciar, y no tiene parte alguna en aquello que ha sido objeto de su ocultamiento o sustracción. En el supuesto de que no pueda restituir la cosa, debe reintegrar su valor, estimado al momento de la restitución (conf. art.2295). Esta aceptación forzada opera como una forma de sanción que la ley impone al heredero que ha incurrido en conductas fraudulentas en perjuicio de otros herederos.

El derecho de aceptar la herencia caduca a los diez años de la apertura de la sucesión (muerte del causante). El heredero que no la haya aceptado en ese término es tenido por renunciante (conf. art.2288 CCyC).

Separación de patrimonios

En el régimen del Código Civil había dos formas de aceptación de la herencia: bajo beneficio de inventario y pura y simple.

En la aceptación bajo beneficio de inventario, que se presumía ("Toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga", establecía el art. 3363 del hoy derogado Código Civil), los bienes que integraban la herencia quedaban separados del patrimonio personal del heredero, quien respondía por las deudas del causante hasta el límite de los bienes recibidos (acervo sucesorio). La finalidad de la aceptación en esta modalidad es obviamente la de no tener que responder a las deudas del causante con bienes propios del heredero, al aceptar una herencia cuyo pasivo resulte en definitiva mayor que su activo.

En la aceptación pura y simple, los bienes de la herencia se confundían con los particulares del heredero y éste respondía por las deudas del causante con los bienes recibidos y también con su propio patrimonio (art.3343 C.Civil). Esto implicaba entonces, en los hechos, que, si el pasivo sucesorio era mayor que su activo, el heredero recibía una herencia con saldo negativo que lo hacía responder con sus propios bienes por las deudas del causante.

El Código Civil y Comercial ha eliminado las mencionadas denominaciones y sólo hace referencia a la “aceptación”. Actualmente, la aceptación de la herencia tiene los mismos efectos que la que se hacía “bajo beneficio de inventario”: los bienes que integran la herencia quedan separados del patrimonio personal del heredero, y éste limita su responsabilidad por las deudas del causante a los bienes que integran el acervo hereditario, salvo que incurra en alguna de las conductas fraudulentas que prevé el art. 2321 CCyC: “Responde con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y cargas de la herencia, el heredero que:

a) no hace el inventario en el plazo de tres meses desde que los acreedores o legatarios lo intiman judicialmente a su realización.”

La finalidad del inventario (lista de los bienes que componen el acervo hereditario) es la de poder conocer con qué elementos materiales (cosas), inmateriales (derechos) y deudas con valor pecuniario contarán legatarios, acreedores del causante o del heredero y demás personas con un interés legítimo en conocerlos, para poder hacer efectivos sus créditos.

“b) oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario.”

Por supuesto que el hecho de que los ocultara fraudulentamente implica que conocía su existencia y deliberadamente se abstuvo de incluirlos en el inventario.

“c) exagera dolosamente el pasivo sucesorio;”

La inclusión del dolo da también por sentado que tiene que existir la intención de exagerarlo y no un mero error de cálculo o apreciación.

“d) enajena bienes de la sucesión, excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa.”

Se encuentra en este supuesto también implícita la idea del ocultamiento y sustracción de bienes del acervo.

Renuncia a la herencia

El heredero puede renunciar a la herencia en tanto no haya mediado acto de aceptación y a partir de la renuncia es considerado como si nunca hubiese sido llamado a la herencia, sin perjuicio de la

facultad de sus descendientes de concurrir a ella por derecho de representación del renunciante (conf. arts. 2298 y 2301 CCyC).

La renuncia es un acto jurídico formal, en la medida que necesariamente debe expresarse en escritura pública o en acta judicial, en el expediente en que tramita el sucesorio (conf. art.299). No se admite la renuncia tácita.

Con todo, la renuncia es retractable siempre que no haya caducado el derecho de opción del heredero para aceptar la herencia (transcurso de diez años desde la muerte del causante, de acuerdo con el art. 2288 CCyC), que en el interregno otros herederos no la hayan aceptado o que el Estado no haya tomado posesión de los bienes (art.2300 CCyC).

La posesión hereditaria. Herederos

La posesión hereditaria es la investidura del carácter de heredero.

Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge -dispone el art.2337 CCyC-, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Puede ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían al causante. No obstante, a los fines de la transferencia de los bienes registrables (los que necesitan de la inscripción en un Registro para su transferencia), su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos (sentencia dictada en el proceso sucesorio).

Tratándose, en cambio, de la sucesión de los colaterales, corresponde al juez del juicio sucesorio investir a los herederos de su carácter de tales, previa justificación del fallecimiento del causante y del título hereditario invocado (acreditación del vínculo de parentesco). Por último, en las sucesiones testamentarias, la investidura resulta de la declaración de validez formal del testamento, excepto para los herederos legitimarios (conf. art. 2338).

4. LA LEGÍTIMA: CONCEPTO, INVIOLABILIDAD, CÁLCULO, PORCIÓN DISPONIBLE Y DEFENSA

Se denomina porción legítima a aquella parte de la herencia de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge (herederos legitimarios, denominados anteriormente forzosos en el Código Civil derogado).

De acuerdo al art.2447 CCyC, si el causante, por testamento, hubiere impuesto algún gravamen o condición a las porciones legítimas, se tienen por no escritas. Se trata de una disposición de orden público sucesorio que establece que los herederos legitimarios no pueden verse privados ni condicionados por la voluntad del causante respecto de las porciones de la herencia que en cada caso les corresponden por ley.

De acuerdo al art.2445, la porción legítima de los descendientes es de dos tercios ($\frac{2}{3}$), la de los ascendientes de un medio ($\frac{1}{2}$) y la del cónyuge de un medio ($\frac{1}{2}$).

Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante (se deben deducir el monto de las deudas que dejó el causante y el de las cargas de la sucesión, tales como gastos de sepelio, tasa de justicia, honorarios de abogados actuantes en el proceso sucesorio), más el de los bienes donados en vida por el causante en favor de cada heredero legitimario (conf. art.2445 CCyC).

La parte de la herencia que no constituye la legítima es la porción disponible de la que el causante pudo disponer libremente en vida, sea por donación sea por testamento (un tercio si al morir deja sólo descendientes o descendientes y cónyuge, un medio si al morir deja sólo ascendientes o ascendientes y cónyuge, y también un medio si a la muerte sólo deja al cónyuge).

En su testamento, el causante, con su porción disponible, puede efectuar legados en favor de sus descendientes o cónyuge, lo que se interpreta como voluntad de otorgar una mejora al heredero beneficiario (cláusula testamentaria de mejora, conf. art.2385 CCyC).

Si el causante, por testamento, hubiere excedido el límite de su porción disponible y con ello afectado la porción legítima de un heredero forzoso, éste tiene acción para pedir que se complemente su porción; lo que se materializa mediante la reducción de las disposiciones testamentarias (conf. art.2451 CCyC).

Si esto no resulta suficiente, el heredero tiene acción para pedir la reducción de las donaciones que el causante hubiere hecho en vida (se reduce primero la última donación y luego las demás en orden inverso a sus fechas, hasta cubrir el monto reclamado). La acción de reducción no procederá si el donatario (o quien hubiere adquirido el bien de este último) hubiere poseído la cosa donada durante diez años, a contar desde la adquisición de la posesión. La razón es que se habría producido la prescripción adquisitiva del bien (conf. arts. 2453 y 2459 CCyC).

Una importante innovación está contenida en el art.2448, en favor de ascendientes o ascendientes que padezcan alguna forma de incapacidad: "El causante puede disponer, por el medio que estime

conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación con su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Así, por ejemplo, si a la muerte del causante quedan descendientes y cónyuge, a éstos les correspondería una porción legítima de dos tercios de la herencia; sin embargo, en virtud de la innovación legislativa que comentamos, esa porción legítima puede quedar disminuida en una tercera parte, debido a que, en su testamento, el causante puede haber beneficiado con ese “plus” de porción disponible a su padre discapacitado.

Colación de bienes

La colación es la figura del derecho sucesorio orientada a impedir que el causante, mediante donaciones que haya hecho en vida en favor de sus descendientes o cónyuge, altere la proporcionalidad de las cuotas hereditarias que por ley corresponde a tales herederos forzosos. Si quiere alterar tal proporcionalidad, sólo puede hacerlo como mejora, mediante la disposición de todo o parte de su porción disponible en favor de uno o alguno de esos herederos legitimarios. Lo que está vedado al causante es alterar la igualdad de esos herederos forzosos dentro de la porción legítima de que se trate (los dos tercios o un medio que constituye la legítima, según sea el caso, por ejemplo de descendientes o ascendientes).

Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento. No obstante que, tanto en el régimen del Código Civil derogado, como en el nuevo Código Civil y Comercial –en su artículo 1010-, son nulos los pactos sobre herencia futura, se admite, por ejemplo, que en el instrumento en que consta la donación que una persona hace a uno de sus hijos, comparezcan los otros hijos y manifiesten su conformidad con que el bien donado no sea colacionable una vez ocurrida la muerte del donante (conf. art.2385 CCyC).

La colación es debida por un heredero a su coheredero y debe impulsarse mediante el ejercicio de la correspondiente acción judicial por parte del heredero que la pretende (tramita por vía de incidente dentro del proceso sucesorio).

Si bien los ascendientes también revisten la calidad de herederos legitimarios (forzosos), el art. 2385 no los incluye entre los que están obligados a colacionar. El fundamento de tal exclusión debe buscarse en el significado que se atribuye a las donaciones efectuadas en vida por el causante en favor de sus herederos: se trata de un anticipo de herencia. Se elimina a los ascendientes de la obligación de colacionar las donaciones que hubieren recibido del causante, porque en este caso no puede pensarse que ha existido un anticipo de herencia, dado que, por el orden natural de las cosas, los hijos heredan a sus padres, pero no a la inversa. En este sentido, se debe presumir que la donación efectuada por un hijo a un ascendiente, supone simplemente una liberalidad ⁵².

El heredero que hubiere sido beneficiado por el causante mediante una donación debe traer a la masa hereditaria el valor del bien de que se trate, para que, al momento de llevarse a cabo la partición se compute dicho valor en la hijuela (porción de la herencia) que le corresponde. De esta forma, se compensa a los otros herederos que nada recibieron en vida del causante. Al deberse colacionar los valores de los bienes y no de los bienes en especie, se trata de una operación contable en la que deben hacerse los cálculos que correspondan para mantener la proporcionalidad referida. No se debe colación por los gastos de alimentos; ni por los de asistencia médica por extraordinarios que sean; ni por los de educación y capacitación profesional o artística de los descendientes, excepto que sean desproporcionados con la fortuna y condición del causante; ni por los gastos de boda que no exceden de lo razonable; ni por los presentes de uso (conf. art.2392 CCyC).

Comunidad hereditaria

Cuando existe más de un heredero con vocación a la sucesión, desde el momento de la muerte del causante se forma de pleno derecho (con carácter forzoso) la comunidad o indivisión hereditaria, que se extiende hasta la partición (acto de división y adjudicación de bienes a cada uno de los herederos). En este estado de indivisión, previo a la partición, cada uno de los coherederos tiene derecho a una porción ideal de la herencia (de forma análoga a lo visto con relación al condominio en el que una cosa pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa mientras no se produzca la división).

La comunidad o indivisión hereditaria es una situación transitoria, es decir, destinada a cesar con la partición. Las situaciones de indivisión de bienes que se extienden en el tiempo son excepcionales y se encuentran especialmente previstas en la ley.

⁵² CASADO, Eduardo, en RIVERA, Julio C.-MEDINA, Graciela (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, 2014, T.VI, p.266).

Cualquiera de los herederos puede tomar las medidas necesarias para la conservación de los bienes indivisos, empleando a tal fin los fondos indivisos que se encuentran en su poder. A falta de ellos, puede obligar a los coherederos a contribuir al pago de los gastos necesarios (conf. art.2324 CCyC). En el acervo hereditario puede haber, por ejemplo, un inmueble que tenga filtraciones de agua, un fondo de comercio con empleados, un establecimiento comercial que venda bienes perecederos, etc., situaciones todas que exigen que alguien se ocupe y adopte las medidas conservatorias y urgentes necesarias. De ahí que se habilite a cualquiera de los herederos a tal fin.

En cambio, los actos de administración y de disposición de los bienes del sucesorio requieren el consentimiento de todos los coherederos, quienes pueden dar a uno o varios de ellos, o a terceros, un mandato general de administración.

Por actos de administración deben entenderse los orientados a la conservación y mantenimiento de los bienes y a su explotación (renovar inversiones; pagar impuestos y tasas; efectuar aportes y contribuciones patronales si entre los bienes existiere una unidad económica con personal en relación de dependencia; cobrar créditos que tuviera el causante; efectuar compra y venta de mercaderías de un negocio, etc.).

Son actos de disposición aquellos que cambian la composición del patrimonio, aunque no reduzcan su valor como, por ejemplo, la venta de un bien del acervo sucesorio.

Por último, son necesarias facultades expresas para todo acto que excede la explotación normal de los bienes indivisos y para la contratación y renovación de locaciones (conf. art.2325 CCyC).

Casos de indivisión forzosa

Durante la vigencia del Código de Vélez, rigió plenamente el principio de la partición forzosa de la herencia. En la nota al art. 3452 C.Civil, el Codificador expresaba: “Los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes, pueden pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, no obstante cualquier prohibición del testador, o convenciones en contrario”.

Se priorizaba el interés individual en la comunidad hereditaria.

La ley 14.394 del año 1954, con una mirada menos individualista y más social, receptó en nuestra normativa el régimen del bien de familia y también diversos casos de indivisión de bienes hereditarios. Los lineamientos generales de los supuestos previstos en dicha ley son los que ha seguido el Código Civil y Comercial.

Así, el art.2330 dispone: “El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años. Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad:

- a) un bien determinado;
- b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica;
- c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista.

En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a éste.

El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad”.

El último párrafo del artículo de alguna forma limita la estrictez de la indivisión forzosa consagrada, disponiendo que será el juez quien evaluará la gravedad de la situación o la utilidad alegada por el coheredero.

Es opinión mayoritaria en doctrina que, si todos los herederos estuvieren de acuerdo, también podrán poner fin a la indivisión forzosa impuesta por el testador.

También los herederos pueden convenir que la comunidad o indivisión hereditaria entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la partición provisional de uso y goce de los bienes entre los copartícipes. Si algunos coherederos fueren menores o tuvieran capacidad restringida, no obstante la conformidad de sus representantes legales, el convenio requerirá aprobación judicial.

Estos convenios, a su vencimiento, podrán ser renovados por igual plazo.

Al igual que en el supuesto previsto en el art. 2330 CCyC, cualquiera de los coherederos podrá pedir la división antes del vencimiento del plazo, cuando medien causas justificadas (conf. art.2331).

Si en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituyere una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que en vida del causante ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio o accionista de la sociedad, puede oponerse a que tales bienes se incluyan en la partición, excepto que dicha unidad económica o las participaciones societarias puedan serle adjudicados en su lote.

El mismo derecho le cabe al cónyuge que si bien no adquirió ni constituyó el establecimiento, participa activamente en su explotación.

En estos casos, la indivisión se mantiene hasta diez años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente, a pedido del cónyuge sobreviviente, hasta su fallecimiento.

Durante el tiempo en que perdura la comunidad o indivisión hereditaria, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponde al cónyuge sobreviviente.

A instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifican la decisión.

El cónyuge supérstite también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote. Los herederos sólo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades (conf. art.2332 CCivCom).

En las mismas circunstancias que el cónyuge supérstite, un heredero puede oponerse a la inclusión en la partición del establecimiento que constituye una unidad económica si, en vida del causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa (conf. art.2333 CCyC).

Los casos de indivisión forzosa analizados, que incluyan bienes registrables, sólo serán oponibles a terceros una vez inscripta la indivisión ante los registros de la propiedad correspondientes.

Durante la vigencia del estado de indivisión, los acreedores de los coherederos no podrán ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal de éste, pero podrán cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación que correspondan al coheredero deudor.

Distinta es la situación de los acreedores del causante, porque la indivisión no impide el cobro de sus créditos sobre los bienes indivisos (conf. art.2334 CCyC). Esto es lógico si se piensa que, en vida del causante, sus acreedores tuvieron el patrimonio de éste como garantía del pago de sus deudas.

La partición

La indivisión hereditaria sólo cesa con la partición, que es el acto jurídico en virtud del cual los bienes se distribuyen entre los coherederos y se les atribuyen en propiedad. Si la partición incluye

bienes registrables, es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros de la propiedad respectivos (conf. art.2363 CCyC).

Una vez llevado a cabo el inventario y avalúo de los bienes que integran el acervo sucesorio y resueltas, en su caso, las eventuales impugnaciones que pudieren haber formulado los coherederos, acreedores y legatarios (beneficiarios de un legado efectuado por testamento), el juez debe proceder a su aprobación. A partir de este momento, la partición puede ser pedida por los copropietarios de la masa indivisa y los cesionarios de sus derechos (p.ej.: si un coheredero hubiere cedido total o parcialmente su porción de la herencia). También pueden pedirla, por vía de subrogación (lo que implica ponerse en el lugar del coheredero, reemplazándolo a fin de ejercer una acción), los acreedores de los coherederos, y los beneficiarios de legados o cargos que pesan sobre un heredero (conf. arts.2364 y 2365 CCyC).

La acción de partición de herencia es imprescriptible mientras continúe la indivisión. Sin embargo, el estado de indivisión puede haber cesado de hecho si alguno de los coherederos comenzó a poseer los bienes a título de dueño (esa conducta en la que deja de tener los bienes como heredero y los posee como dueño, se denomina interversión del título). Y si esa posesión se extiende a veinte años, tal heredero habrá adquirido los bienes hereditarios por prescripción adquisitiva (conf. art. 2368 CCyC).

Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente. Esta partición privada puede ser total o parcial (conf. art.2369 CCyC).

Por excepción, la partición no puede hacerse privadamente, y debe ser judicial, en los siguientes casos:

- a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes;
- b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente;
- c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente.

La partición judicial se hace por un partidor o por varios que actúan conjuntamente.

A falta de acuerdo unánime de los copartícipes para su designación, el nombramiento debe ser hecho por el juez (conf. arts.2371 y 2373 CCyC).

Si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta.

En caso contrario, se debe proceder a la venta de los bienes y a la distribución del producto que se obtiene. También puede venderse parte de los bienes si es necesario para posibilitar la formación de los lotes (conf. art.2374 CCyC). Los lotes son los conjuntos de bienes (partes de cosas divisibles, sumas de dinero producto de la venta de aquellas que no lo eran, etc.) que se forman para adjudicar a cada coheredero, realizando una correcta distribución entre ellos del acervo sucesorio.

La masa partible comprende los bienes del causante que existen al tiempo de la partición o los que se han subrogado a ellos (éstos son bienes que han reemplazado a otros dentro del acervo, como, por ejemplo, el dinero correspondiente al cobro de un seguro de destrucción total que cubría a un automóvil del causante que integraba el acervo), y los acrecimientos de unos y otros. Se deducen las deudas y se agregan los valores que deben ser colacionados y los bienes sujetos a reducción (conf. art.2376 CCyC).

Para la formación de los lotes no se tiene en cuenta la naturaleza ni el destino de los bienes, excepto que sean aplicables las normas referentes a la atribución preferencial. Debe evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas. Ello porque tales formas de división implican, por lo general, una importante pérdida del valor, resultando que, por ejemplo, el del inmueble íntegro es mayor que el de la suma de las partes (parcelas) en las que debería dividírselo para incluirlas en los lotes.

Si la composición de la masa no permite formar lotes de igual valor, las diferencias entre el valor de los bienes que integran un lote y el monto de la hijuela correspondiente deben ser cubiertas con dinero, garantizándose el saldo pendiente a satisfacción del acreedor (conf. art.2377 CCyC). Por hijuela debe entenderse el conjunto de bienes que corresponden a cada uno de los herederos.

Los objetos y documentos que tienen un valor de afección u honorífico son indivisibles, y se debe confiar su custodia al heredero que en cada caso las partes elijan y, a falta de acuerdo, al que designa el juez. Igual solución corresponde cuando la cosa se adjudica a todos los herederos por partes iguales (conf. art.2379). Si, por ejemplo, el causante poseía medallas, premios o algún otro objeto de especial valor afectivo u honorífico, independientemente de que su adjudicación pueda corresponder a todos los herederos por partes iguales, al ser indivisibles según indica la norma, su custodia se confía a uno de ellos.

El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay, del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica, en cuya formación participó (conf. art.2380 CCyC).

El objetivo de la norma es que aquella persona, sea un heredero o el cónyuge supérstite, que ha participado en la creación del establecimiento, pueda conservarlo; aunque para ello, si tuviese un valor mayor al del lote que le correspondería, deba saldar la diferencia de tal valor con dinero.

El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir también la atribución preferencial:

- a) de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación (y de los muebles existentes en él), si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte de causante;
- b) de la propiedad o del derecho a la locación del local de uso profesional donde ejercía su actividad, y de los muebles existentes en él;
- c) del conjunto de las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendatario o aparcero (conf. art.2381 CCivCom). Se trata de dos clases de contratos rurales relativos a ese tipo de inmuebles y su explotación, agrícola o ganadera, que se encuentran regidos por leyes especiales.

Si la atribución preferencial es solicitada por varios copartícipes que no acuerdan en que les sea asignada conjuntamente, el juez la debe decidir teniendo en cuenta la aptitud de los postulantes para continuar la explotación y la importancia de su participación personal en la actividad (conf. art.2382 CCyC).

El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho, sin embargo, es inoponible a los acreedores del causante (conf. art.2383 CCyC). Esta inoponibilidad haya sustento en la circunstancia de que la solución inversa (oponibilidad de tal derecho de habitación a los acreedores del causante) determinaría que el valor del inmueble se viera muy disminuido, a los fines de su ejecución y posterior cobro de sus créditos por los acreedores.

5. SUCESIÓN TESTAMENTARIA: CONCEPTO. CAPACIDAD PARA TESTAR. LEY APLICABLE

Ya hemos adelantado que, además de la sucesión ab intestato, nuestro sistema legal prevé la sucesión testamentaria.

Tradicionalmente, y durante la vigencia del Código Civil, el testamento fue concebido como un acto jurídico unilateral, de carácter solemne, en virtud del cual el otorgante disponía de sus bienes para

después de su muerte. El Código Civil y Comercial, sin contener una definición de testamento, ha ampliado su objeto, que ha dejado de ser un acto jurídico estrictamente patrimonial, para comprender también situaciones de carácter extrapatrimonial.

El art.2462 CCyC establece: “Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”. En este último sentido, el testamento puede contener el reconocimiento de hijos, la disposición de órganos humanos, el nombramiento de tutor para los hijos menores, instrucciones para el sepelio, cremación, etc.

El testamento tiene como principales características:

- ☐ Es un acto jurídico: acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato producir efectos jurídicos
- ☐ Es un acto *mortis causa*, porque produce efectos a partir de la muerte del testador.
- ☐ Es un acto escrito, firmado. Aunque en el actual régimen que establece el Código Civil y Comercial no se encuentra una definición que lo caracterice como escrito, de las exigencias establecidas para las dos formas ordinarias de los testamentos normadas (ológrafo y por acto público), se desprende que necesariamente debe tener tal carácter.
- ☐ Como acto jurídico es unilateral, porque se perfecciona con la mera manifestación de voluntad del testador.
- ☐ Es revocable por la sola manifestación de esa voluntad por el testador, ya sea expresa, manifestándolo así con las mismas formalidades con que otorgó el anterior testamento o, tácitamente, por el otorgamiento de nuevo testamento o por contraer matrimonio posteriormente (con las salvedades que establece el art.2514 CCyC).
- ☐ Es un acto solemne. La formalidad exigida *ad solemnitatem* implica que la adopción de cualquier otra forma trae aparejada la nulidad del testamento.

Pueden testar las personas que tuvieren dieciocho años cumplidos al tiempo del otorgamiento del acto.

Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, y bastarse a sí mismas. La facultad de testar es indelegable. Las disposiciones testamentarias no pueden dejarse al arbitrio de un tercero.

No es válido el testamento otorgado conjuntamente por dos o más personas (conf. arts.2464 y 2465 CCyC).

Las reglas establecidas para los actos jurídicos resultan de aplicación a los testamentos, en tanto no sean alteradas por una disposición especial (conf. art.2463) Al ser una especie dentro del género de los actos jurídicos, la normativa que rige a éstos le es aplicable al testamento en tanto no existan otras disposiciones previstas especialmente para él.

De acuerdo al art. 2466 CCyC, “el contenido del testamento, su validez o nulidad, se juzga según la ley vigente al momento de la muerte del testador”. Por su parte, el art.2644, ubicado en el Título IV, titulado “Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, refiere: “La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento...”. Así, si una persona con descendencia hubiese expresado en su testamento, redactado durante la vigencia del Código Civil, “dejo la porción disponible de mi herencia a la escuela donde realicé mis estudios primarios”, por más que al momento de realizar el acto la ley indicaba que su porción disponible era un quinto, como su muerte se produjo con la ley vigente y en ella la porción disponible, existiendo descendencia, es de un tercio, dicha escuela tendrá derecho a un tercio de la herencia ⁵³.

Las disposiciones testamentarias deben interpretarse adecuándolas a la voluntad real del causante según el contexto total del acto. Las palabras empleadas deben ser entendidas en el sentido corriente, excepto que surja claro que el testador quiso darles un sentido técnico. Se aplican, en cuanto sean compatibles, las demás reglas de interpretación de los contratos (art. 2470 CCyC).

Formas de los testamentos. Testamento ológrafo y por acto público

La forma de los testamentos confeccionados en el país se rige por la ley vigente al tiempo del otorgamiento del acto (art.2472 CCyC). Si el testamento se otorga en el extranjero, es válido en la República según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas (art.2645 CCyC).

El segundo artículo prevé la situación de que el juez argentino deba juzgar la validez de un testamento otorgado en país extranjero. Privilegiando siempre una interpretación favorable a la validez, la ley ofrece al magistrado diversas opciones de análisis.

El Código Civil y Comercial prevé dos formas de testamento: ológrafo y por acto público.

⁵³ CÓRDOBA, Marcos M., en LORENZETTI, Ricardo L. (director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T.XI, p.58.

Testamento ológrafo

El testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador (las tres formalidades: escritura, fecha y firma de la mano del testador, son exigidas bajo pena de nulidad. No es exigible la redacción del testamento en idioma castellano ni su escritura en los caracteres del alfabeto latino, sino que debe respetar los caracteres del idioma en el que se lo redacte, siendo válida cualquier lengua, con la única exigencia de que fuese conocida por el testador y que pueda ser traducida al idioma nacional).

La falta de alguna de estas formalidades invalida el acto, excepto que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta (p.ej.: “en el día de mi cumpleaños número 83 extendiendo el presente testamento”, o “en el día de San Juan del año 2019”, etc.).

La firma debe estar inserta después de las disposiciones, y la fecha puede incluirse antes de la firma o después de ella.

El error del testador sobre la fecha no perjudica la validez del acto, pero el testamento no es válido si aquél le puso voluntariamente una fecha falsa para violar una disposición de orden público.

Los agregados escritos por mano extraña invalidan el testamento, sólo si han sido hechos por orden o con consentimiento del testador (conf. art. 2477).

En algunos casos, el testador se hace asesorar por escribanos, abogados, contadores, etc. para conocer aspectos legales o de forma. Ello es admisible, en la medida que el testamento sea redactado de puño y letra por el testador. Si figuran agregados hechos por un extraño, se presume que esa persona ha influido sobre la voluntad del testador y, por esa razón, se invalida el testamento. No se trata de agregados que puedan haberse hecho después del fallecimiento, porque en tal caso se tienen por no escritos y el testamento no se ve afectado en su validez. Apréciase que si la norma dispusiera la nulidad del testamento por agregados hechos por terceros sin consentimiento del testador, relativamente sencillo resultaría para quien se viera perjudicado por sus disposiciones lograr su invalidez, con solo insertarle algunas palabras extrañas a la mano del testador.

No es indispensable redactar el testamento ológrafo de una sola vez ni en la misma fecha. El testador puede consignar sus disposiciones en épocas diferentes, sea fechándolas y firmándolas por separado, o poniendo a todas ellas la fecha y la firma el día en que termine el testamento (art.2478 CCyC).

Testamento por acto público

El testamento por acto público se otorga mediante escritura pública, ante el escribano autorizante y dos testigos hábiles, cuyo nombre y domicilio se deben consignar en la escritura. A diferencia de lo que señalamos respecto del idioma y caracteres en que puede otorgarse el testamento ológrafo, la escritura pública debe redactarse en idioma nacional.

El testador puede dar al escribano sus disposiciones ya escritas o sólo entregarle por escrito o referirle verbalmente las que el testamento debe contener para que las redacte en la forma ordinaria. En ningún caso las instrucciones escritas pueden ser invocadas contra el contenido de la escritura pública. Las únicas disposiciones válidas son las que terminan formando parte de la escritura pública; todo documento previo –correos electrónicos, instrucciones escritas por el testador, etc.- y preparatorio de ésta, que contenga manifestaciones del causante, es de ningún valor en cuanto contradiga lo dispuesto finalmente en el testamento.

Concluida la redacción del testamento, se procede a su lectura y firma por los testigos y el testador. Los testigos deben asistir desde el comienzo hasta el fin del acto sin interrupción, lo que debe hacer constar el escribano (art. 2479). Los testigos deben estar presentes durante todo el acto ya que dicha solemnidad asegura que puedan dar cuenta fundamentalmente de que el acto tuvo efectivamente lugar, de que se realizó la lectura completa de lo dispuesto, en presencia del testador, y de la posterior suscripción por éste del instrumento.

Si el testador no sabe firmar, o no puede hacerlo, puede hacerlo por él otra persona o alguno de los testigos. En este caso los dos testigos deben saber firmar. Si el testador sabe firmar y manifiesta lo contrario, el testamento no es válido. Si sabiendo firmar, no puede hacerlo, el escribano debe explicitar la causa por la cual no puede firmar el testador (art.2480 CCyC).

Pueden ser testigos de los testamentos las personas capaces al tiempo de otorgarse el acto.No pueden serlo:

- a) las personas incapaces de ejercicio y aquellas a quienes una sentencia les impide ser testigos en instrumentos públicos;
- b) los que no saben firmar;
- c) los dependientes del oficial público;
- d) el cónyuge, el conviviente y los parientes del oficial público, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

e) los ascendientes, los descendientes, el cónyuge o el conviviente del testador, ni los albaceas, tutores o curadores designados en el testamento, ni los beneficiarios de alguna de sus disposiciones (conf. arts. 295 y 2481 CCyC).

El testamento en que interviene un testigo incapaz o inhábil al efecto no es válido si, excluido éste, no quedan otros en número suficiente (conf. art. 2481). Para que pudiese darse este supuesto, permaneciendo válido el testamento pese a la inhabilidad o incapacidad de un testigo, sería necesario que el número de testigos del acto hubiese sido mayor a los dos exigidos como mínimo por el art. 2479 CCyC.

No pueden suceder por testamento:

- a) los tutores y curadores a sus pupilos, si éstos mueren durante la tutela o curatela o antes de ser aprobadas las cuentas definitivas de la administración;
- b) el escribano y los testigos ante quienes se haya otorgado el testamento, por el acto en el cual han intervenido;
- c) los ministros de cualquier culto y los líderes o conductores espirituales que hayan asistido al causante en su última enfermedad. (conf. Art. 2482 CCyC).

No se trata de incapacidades para suceder mortis causa sino de incapacidades de derecho, para suceder por testamento. Por esa razón es que nada obsta a que las mismas personas enunciadas en la norma puedan heredar ab intestato en caso de ser parientes o cónyuge del causante.

Las disposiciones testamentarias a favor de personas que no pueden suceder por testamento son de ningún valor, aun cuando se hagan a nombre de personas interpuestas. Se reputan tales, sin admitir prueba en contrario, los ascendientes, los descendientes, y el cónyuge o conviviente de la persona impedida de suceder. (conf. art. 2483 CCyC). Se trata de una presunción *iuris et de iure* respecto de que las disposiciones testamentarias en favor de ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente de los incapaces de suceder por testamento señalados en el artículo 2482 CCyC, son en realidad personas interpuestas para violar la prohibición que éste norma.

Legados

Además de las deudas del causante y las cargas de la sucesión (gastos de sepelio, gastos de mantenimiento y conservación de los bienes del sucesorio, tasa de justicia, honorarios de abogados, honorarios del partidor, etc.), en el pasivo de la herencia deben computarse los legados particulares que el causante haya hecho por testamento y los cargos (obligaciones accesorias a un beneficio recibido) que haya impuesto a los herederos.

De tal modo, los legados constituyen obligaciones que deben ser cumplidas por los herederos (conf. art.2494 CCyC).

Mientras los herederos son sucesores universales, los legatarios revisten el carácter de sucesores particulares mortis causa y son asimilables a los acreedores de la herencia.

Dispone el art.2496 que el derecho al legado se adquiere a partir de la muerte del testador o, en su caso, desde el cumplimiento de la condición a que está sujeto. El legado con cargo se rige por las disposiciones relativas a las donaciones sujetas a esa modalidad (el beneficiario del cargo impuesto al legatario puede demandar su cumplimiento y el legatario sólo responderá hasta el límite del valor de la cosa legada).

Si el legado es de cosa cierta, el legatario adquiere el dominio directamente del testador y desde ese momento le corresponden los frutos y productos de la cosa (conf. art. 2498 CCyC). Si lo legado es una cosa incierta o un derecho, necesariamente lo recibirá de los herederos y los frutos y productos le corresponderán desde que constituyó en mora a los obligados.

Pueden ser legados todos los bienes que están en el comercio, aun los que no existen todavía pero que existirán después. El legatario de bienes determinados es propietario de ellos desde la muerte del causante y puede ejercer todas las acciones de que aquel era titular (art.2497)

El heredero debe entregar la cosa legada en el estado en que se encuentra a la muerte del testador, con todos sus accesorios (art.2499).

El legado de un inmueble comprende las mejoras existentes, cualquiera que sea la época en que hayan sido realizadas. Los terrenos adquiridos por el testador después de testar, que constituyen una ampliación del fundo legado, se deben al legatario siempre que no sean susceptibles de explotación independiente (art.2501 CCyC).

Protocolización del testamento

Cuando se promueve un juicio sucesorio testamentario sobre la base de un testamento ológrafo, luego de que los dos testigos ofrecidos en el escrito de inicio reconozcan la letra y la firma del testador, teniendo por auténtico al documento, el juez debe ordenar la protocolización del testamento, que consiste en volcarlo al libro de Protocolo de un Escribano, con vistas a convertirlo en instrumento público.

El proceso sucesorio testamentario se encuentra regulado en los arts.704 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que, en lo que aquí interesa, refiere: “Quien presentare testamento ológrafo deberá ofrecer dos testigos para que reconozcan la firma y letra del testador. El juez

señalará audiencia a la que citará a los beneficiarios y a los presuntos herederos cuyos domicilios fueren conocidos. Si el testamento ológrafo se acompañare en sobre cerrado, el juez lo abrirá en dicha audiencia en presencia del secretario”.

Si los testigos reconocen la letra y firma del testador, el juez rubricará el principio y fin de cada una de las páginas del testamento y designará un escribano para que lo protocolice.

Protocolizado el testamento, el juez dispondrá la notificación personal de los herederos instituidos, de los demás beneficiarios y del albacea (ejecutor testamentario designado en el testamento), para que se presenten dentro de treinta días.

En la misma providencia el juez se pronunciará sobre la validez del testamento, lo que importará otorgar la posesión de la herencia a los herederos testamentarios.

Revocación del testamento

La facultad de revocar el testamento o modificar sus disposiciones es irrenunciable e irrestringible. Por lo tanto, en vida del testador el testamento es revocable a su voluntad y no confiere a los instituidos herederos o legatarios derecho alguno hasta la apertura de la sucesión (conf. art.2511 CCyC). Cualquier derecho emergente de las disposiciones testamentarias sólo cobra virtualidad al momento del fallecimiento del causante. Hemos ya señalado entre las características del testamento que es esencialmente revocable, expresa o tácitamente, por la sola voluntad del testador expresada de acuerdo con las normas que rigen la materia.

La revocación expresa debe ajustarse a las formalidades propias de los testamentos. (art. 2512 CCyC), por lo tanto, el instrumento por el que se formaliza la expresión de voluntad de revocar el testamento, debe cumplir con las mismas formalidades exigidas para testar.

El testamento posterior, en cualquiera de sus formas, revoca al anterior si no contiene su confirmación expresa, excepto que de las disposiciones del segundo resulte la voluntad del testador de mantener las del primero en todo o en parte. (conf. art 2513). Así, por ejemplo, un testamento por acto público puede resultar revocado por un posterior testamento ológrafo.

El matrimonio contraído por el testador revoca el testamento anteriormente otorgado, excepto que en éste se instituya heredero al cónyuge o que de las disposiciones del segundo testamento resulte la voluntad del testador de mantener las disposiciones del primer testamento, no obstante haber contraído matrimonio (conf. art.2514 CCyC). Es importante aclarar que ésta no es una revocación automática, sino que el artículo contiene sólo una presunción iuris tantum; es decir, que los beneficiarios pueden probar que no fue intención del testador que al contraer matrimonio el

testamento quedara revocado, bien porque su cónyuge conocía las disposiciones y estuvo de acuerdo en todo momento en que mantuviera su vigencia, bien porque recibió otros beneficios.

El testamento ológrafo es revocado por su cancelación (tachaduras del texto o de la firma) o destrucción, llevadas a cabo por el testador o por orden suya. Hemos mencionado ya que, de no limitarse el origen de las tachaduras o agregados que invalidan el testamento a las señaladas por la norma, resultaría relativamente fácil para un tercero dejar sin efecto un testamento que lo perjudique, realizando agregados o tachaduras contra la voluntad del testador.

Si existiesen varios ejemplares, el testamento queda revocado si se han cancelado o destruido todos los originales.

Si el testamento se encuentra total o parcialmente destruido o cancelado en casa del testador, se presume que la destrucción o cancelación es obra suya, mientras no se pruebe lo contrario. Se trata, por lo tanto, de una presunción iuris tantum.

Las alteraciones casuales o provenientes de un extraño no afectan la eficacia del testamento con tal de que pueda identificarse la voluntad del testador por el testamento mismo.

No se admite prueba alguna tendiente a demostrar las disposiciones de un testamento destruido antes de la muerte del testador, aunque la destrucción se haya debido a caso fortuito. (conf. art.2515). Se trata del supuesto en el que, por ejemplo, el texto del testamento destruido, antes de la muerte del testador, fuese conocido por personas que podrían dar testimonio de sus disposiciones. Sea que su destrucción ocurriera por acción de un tercero o por caso fortuito (un incendio, por ejemplo), es inadmisibles probar sus disposiciones por cualquier medio para que tengan la validez del documento destruido. Recordemos que si testamento ológrafo tiene tachaduras o es destruido por obra del testador o por orden suya, queda revocado; y que si se lo encuentra parcialmente destruido en su casa, se presume que fue él mismo quien lo destruyó.

Revocación de legados

La transmisión de la cosa legada revoca el legado, aunque el acto no sea válido por defecto de forma o la cosa vuelva al dominio del testador. Si el testador transmite, en forma onerosa o gratuita, lo que había dejado en legado para después de su muerte, el legado queda revocado ya que la cosa dejó de integrar su patrimonio antes e, incluso, en el caso de que el testador recomprara la cosa o ésta reingresare luego a su patrimonio, habría quedado evidenciada la modificación de su voluntad luego de efectuado el legado.

También queda revocado el legado, si el bien con que iba a ser beneficiado el legatario fue comprometido en venta por el testador, mediante la firma del respectivo contrato de compraventa. Dicho efecto revocatorio se produce incluso en el caso de que la compraventa haya sido simulada. Es más, aunque la venta no se hubiese perfeccionado, por ejemplo, por no haberse otorgado aún, en caso de un inmueble, la escritura traslativa de dominio ni haberse entregado la posesión, el legado de la cosa queda revocado.

Conforme establece el art.2520, los legados pueden ser revocados, a instancia de los interesados:

a) por ingratitud del legatario que, después de haber entrado en el goce de los bienes legados, injuria gravemente la memoria del causante (se trata de una situación análoga a la de la revocación de las donaciones por ingratitud);

b) por incumplimiento de los cargos impuestos por el testador si son la causa final de la disposición. En este caso, los herederos quedan obligados al cumplimiento de los cargos (para que opere este supuesto, debe resultar que los cargos constituyan una obligación principal que el testador impone al legatario).

Caducidad de la institución de heredero o legatario

La institución de heredero o legatario caduca cuando el instituido muere antes que el testador o antes del cumplimiento de la condición de la que depende la adquisición de la herencia o el legado (conf. art.2518). Se trata en ambos casos de que la muerte del heredero testamentario o del legatario instituido en testamento producida antes de la muerte del testador o de que se cumpla la condición suspensiva a la que estaba sujeta la adquisición de sus derechos, hace caducar su institución.

El testador puede prever el prefallecimiento del instituido mediante una sustitución vulgar, o sea, designando un heredero o legatario sustituto para el supuesto de que el instituido en primer término no quiera o no pueda recibir la herencia o el legado (art.2491, párrafo 2° CCyC)⁵⁴.

Albaceas

Recibe la denominación de albacea la persona designada por el testador para hacer cumplir las disposiciones del testamento. En términos sencillos, albacea es el ejecutor testamentario.

Se trata de un mandato sin representación, en la medida que la persona que lo ha designado (conferente) ya ha muerto y no se concibe representación de una persona que no existe⁵⁵.

⁵⁴ FERRER, Francisco A.M., obra citada, p.786.

⁵⁵ FERRER, Francisco A.M., obra citada, p.793.

Las atribuciones del albacea designado en el testamento son las conferidas por el testador y, en defecto de ello, las que según las circunstancias son necesarias para lograr el cumplimiento de su voluntad. El testador no puede dispensar al albacea de los deberes de inventariar los bienes y de rendir cuentas.

Si el testador designa varios albaceas, el cargo es ejercido por cada uno de ellos en el orden en que están nombrados, excepto que el testador disponga el desempeño de todos conjuntamente. En tal caso, las decisiones deben ser tomadas por mayoría de albaceas y, faltando ésta, por el juez (conf. art.2523 CCyC).

Lo normal es que el albacea sea designado en el mismo testamento cuyas disposiciones deberá ejecutar, mas nada impide que lo sea en un testamento posterior otorgado al solo efecto de efectuar tal designación.

Pueden ser albaceas las personas humanas plenamente capaces al momento en que deben desempeñar el cargo, las personas jurídicas, y los organismos de la administración pública centralizada o descentralizada (conf. art.2524).

Con relación a la posibilidad de que las personas jurídicas privadas puedan desempeñarse como albaceas, supone una novedad que ha introducido en nuestro sistema legal el Código Civil y Comercial.

Toda vez que las personas jurídicas privadas deben tener un objeto preciso y determinado (art.156 CCyC), es difícil imaginar la situación, aunque entendemos que una asociación o fundación filantrópica podría cumplir tal mandato, aunque el objeto no exprese específicamente “desempeñarse como albacea”. De todos modos, es raro pensar que la confianza que sustenta toda designación de albacea, haya sido depositada por el testador en una persona jurídica.

El albacea no puede delegar el encargo recibido (el que no se transmite a sus herederos), aunque no está obligado a obrar personalmente y puede valerse de mandatarios que actúen a su costa y por su cuenta y riesgo (conf. art.2525 CCyC).

El albacea debe poner en seguridad el caudal hereditario y practicar el inventario de los bienes con citación de los interesados. Debe pagar los legados con conocimiento de los herederos y reservar los bienes de la herencia suficientes para proveer a las disposiciones del testador dándoles oportunamente el destino adecuado. Debe demandar a los herederos y legatarios por el cumplimiento de los cargos que el testador les haya impuesto.

El albacea está obligado a rendir cuentas de su gestión a los herederos y responde por los daños que el incumplimiento de sus deberes cause a herederos y legatarios (conf. arts.2526 y 2527).

El albacea debe percibir la remuneración fijada en el testamento o, en su defecto, la que el juez le asigne, conforme a la importancia de los bienes legados y a la naturaleza y eficacia de los trabajos realizados.

Deben reembolsarse al albacea los gastos en que incurra para llenar su cometido y pagársele por separado los honorarios o la remuneración que le corresponde por trabajos de utilidad para la sucesión que haya efectuado en ejercicio de una profesión (art.2530 CCyC). Podría tratarse, por ejemplo, de un Contador Público que realizó personalmente, y en ejercicio de su profesión, balances u operaciones contables en ejercicio del albaceazgo, que le serán pagadas, como honorarios profesionales, más allá de la remuneración que le corresponderá por sus tareas como albacea.

El albaceazgo concluye por la ejecución completa del testamento, por el vencimiento del plazo fijado por el testador y por la muerte, incapacidad sobreviniente, renuncia o destitución del albacea (art.2531 CCyC).

BIBLIOGRAFÍA

- ALFERILLO, Pascual E., en Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado, (GARRIDO CORDOBERA, Lidia-BORDA, Alejandro – directores). Astrea, Buenos Aires, 2015.
- ALTERINI, Atilio A., Responsabilidad Civil, 3ra.edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- ARJONA TRUJILLO, Ana M.-RUBIO PARDO, Mauricio, “El análisis económico del derecho”, 1-12-2002, en [researchgate.net/publication/267681206](https://www.researchgate.net/publication/267681206).
- BALBÍN, Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- BONFANTI, Mario A., “Los usos bancarios”, en Revista Jurídica del Banco de la Nación Argentina, N°47.
- CASADO, Eduardo, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (RIVERA, Julio C.-MEDINA, Graciela directores), La Ley, 2014.
- CHAMATROPULOS, Demetrio A., Estatuto del Consumidor Comentado. La Ley, Buenos Aires, 2017.
- CLERC, Carlos M., Derechos Reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Erreius, Buenos Aires, 2019.
- CÓRDOBA, Marcos M., en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (LORENZETTI, Ricardo L.-director), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015
- DILLON, Gregorio-CAUSSE, Jorge-CAZAYOUS, Marta-PAPAÑO, Javier, Manual de Derechos Reales, Astrea, Buenos Aires, 2017.
- ESBORRAZ, David, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (LORENZETTI, Ricardo L. -director), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.
- FARINA, Juan M., “Relación de Consumo (a propósito del art.42 de la CN”, JA, 1995-I-886.
- FERRER, Francisco A.M., en Código Civil y Comercial Comentado-Tratado Exegético (ALTERINI, Jorge H.- director), La Ley, Buenos Aires 2016.
- GHERSI, Carlos A., “Inaplicabilidad de los arts.973 y 1121 del Código Civil y Comercial de la Nación a los contratos y relaciones de consumo”, en Microjuris.com (MJ-DOC-7218-AR), 8 de mayo de 2015.
- GHERSI, Carlos A-WEINGARTEN, Celia, Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo, 4ta.edición, La Ley, Buenos aires, 2017.
- GIAMBERARDINO, Romina, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (CURÁ, José María-director), La Ley, Buenos Aires, 2015.
- HERRERA, Marisa, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (LORENZETTI, Ricardo L.-director), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- HERRERA, Marisa, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (LORENZETTI, Ricardo L.- director), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino de 2014”, La Ley, 8/10/2014.
- KIPER, Claudio, Manual de Derechos Reales, 2da. Edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., en Código Civil y Comercial Comentado-Tratado Exegético, (ALTERINI, Jorge H.- director), 2da.edición, La Ley, Buenos Aires, 2016.
- LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, citado por HERNÁNDEZ, Carlos, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (LORENZETTI, Ricardo L.- director), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

- LORENZETTI, Ricardo L., en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, (LORENZETTI, Ricardo L.-director) Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo L., Tratado de los Contratos – Parte General, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- LOVECE, Graciela-GHERSI, Carlos A. y colaboradores, Derecho Económico, Errepar, Buenos Aires, 2013.
- MOEREMANS, Daniel, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (LORENZETTI, Ricardo L.- director), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, Teoría general del contrato, Orbir, Rosario, 1976.
- MULLER, Enrique C., en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (LORENZETTI, Ricardo L. - director), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.
- NEGRI, Nicolás J., en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (RIVERA, Julio C-MEDINA, Graciela-directores), La Ley, Buenos Aires, 2014.
- PIZARRO, Ramón -VALLESPINOS, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, Bs.As. 1999.
- REVIRIEGO, Nicolás, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela-directores), LA LEY, Buenos Aires, 2014.
- RINESSI, Antonio J., “Los derechos colectivos de los consumidores”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba -acaderc.org.ar/doctrina/articulos.
- RINESSI, Antonio J., Relación de consumo y derechos del consumidor, Astrea, Buenos Aires, 2006.
- ROITBARG, Marcelo R., Manual de Derecho Civil-Parte General, Astrea, Buenos Aires, 2016.
- ROSATTI, Horacio, El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.
- ROSATTI, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, 2da. edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.
- RUSCONI, Dante, Manual de Derecho del Consumidor, 2da.edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015.
- STIGLITZ, Rubén S., Contratos Civiles y Comerciales – Parte General, 3ra.edición, La Ley, Buenos Aires, 2015.
- TOBÍAS, José W., en Código Civil y Comercial Comentado-Tratado Exegético (ALTERINI, Jorge H.- director general), 2da.edición, La Ley, Buenos Aires, 2016.
- TRIGO REPRESAS, Félix A., en Código Civil y Comercial Comentado-Tratado Exegético, (ALTERINI, Jorge H.- director) 2da.edición, La Ley, Buenos Aires, 2016.
- TRIGO REPRESAS, Félix A., Obligaciones de dinero y depreciación monetaria, 2da.edición, Platense, La Plata 1978.
- WAJNTRAUB, Javier, Protección jurídica del consumidor-Ley 24.240 y su reglamentación, Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires, 2004.
- WAYAR, Ernesto C., en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, (LORENZETTI, Ricardo L.-director), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.
- WIERZBA, Sandra M, Manual de Obligaciones Civiles y Comerciales, según el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015.
- ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil-Derecho de Familia, 3ra.edición, Buenos Aires, Astrea, 1998.
- ZENTNER, Diego H., Contratos de Consumo, La Ley, Buenos Aires, 2010.